This is a digital copy of a book that was preserved for generations on library shelves before it was carefully scanned by Google as part of a project to make the world's books discoverable online.

It has survived long enough for the copyright to expire and the book to enter the public domain. A public domain book is one that was never subject to copyright or whose legal copyright term has expired. Whether a book is in the public domain may vary country to country. Public domain books are our gateways to the past, representing a wealth of history, culture and knowledge that's often difficult to discover.

Marks, notations and other marginalia present in the original volume will appear in this file - a reminder of this book's long journey from the publisher to a library and finally to you.

Usage guidelines

Google is proud to partner with libraries to digitize public domain materials and make them widely accessible. Public domain books belong to the public and we are merely their custodians. Nevertheless, this work is expensive, so in order to keep providing this resource, we have taken steps to prevent abuse by commercial parties, including placing technical restrictions on automated querying.

We also ask that you:

+ *Make non-commercial use of the files* We designed Google Book Search for use by individuals, and we request that you use these files for personal, non-commercial purposes.

+ *Refrain from automated querying* Do not send automated queries of any sort to Google's system: If you are conducting research on machine translation, optical character recognition or other areas where access to a large amount of text is helpful, please contact us. We encourage the use of public domain materials for these purposes and may be able to help.

+ *Maintain attribution* The Google "watermark" you see on each file is essential for informing people about this project and helping them find additional materials through Google Book Search. Please do not remove it.

+ *Keep it legal* Whatever your use, remember that you are responsible for ensuring that what you are doing is legal. Do not assume that just because we believe a book is in the public domain for users in the United States, that the work is also in the public domain for users in other countries. Whether a book is still in copyright varies from country to country, and we can't offer guidance on whether any specific use of any specific book is allowed. Please do not assume that a book's appearance in Google Book Search means it can be used in any manner anywhere in the world. Copyright infringement liability can be quite severe.

About Google Book Search

Google's mission is to organize the world's information and to make it universally accessible and useful. Google Book Search helps readers discover the world's books while helping authors and publishers reach new audiences. You can search through the full text of this book on the web at `http://books.google.com/`

Acerca de este libro

Esta es una copia digital de un libro que, durante generaciones, se ha conservado en las estanterías de una biblioteca, hasta que Google ha decidido escanearlo como parte de un proyecto que pretende que sea posible descubrir en línea libros de todo el mundo.

Ha sobrevivido tantos años como para que los derechos de autor hayan expirado y el libro pase a ser de dominio público. El que un libro sea de dominio público significa que nunca ha estado protegido por derechos de autor, o bien que el período legal de estos derechos ya ha expirado. Es posible que una misma obra sea de dominio público en unos países y, sin embargo, no lo sea en otros. Los libros de dominio público son nuestras puertas hacia el pasado, suponen un patrimonio histórico, cultural y de conocimientos que, a menudo, resulta difícil de descubrir.

Todas las anotaciones, marcas y otras señales en los márgenes que estén presentes en el volumen original aparecerán también en este archivo como testimonio del largo viaje que el libro ha recorrido desde el editor hasta la biblioteca y, finalmente, hasta usted.

Normas de uso

Google se enorgullece de poder colaborar con distintas bibliotecas para digitalizar los materiales de dominio público a fin de hacerlos accesibles a todo el mundo. Los libros de dominio público son patrimonio de todos, nosotros somos sus humildes guardianes. No obstante, se trata de un trabajo caro. Por este motivo, y para poder ofrecer este recurso, hemos tomado medidas para evitar que se produzca un abuso por parte de terceros con fines comerciales, y hemos incluido restricciones técnicas sobre las solicitudes automatizadas.

Asimismo, le pedimos que:

+ *Haga un uso exclusivamente no comercial de estos archivos* Hemos diseñado la Búsqueda de libros de Google para el uso de particulares; como tal, le pedimos que utilice estos archivos con fines personales, y no comerciales.

+ *No envíe solicitudes automatizadas* Por favor, no envíe solicitudes automatizadas de ningún tipo al sistema de Google. Si está llevando a cabo una investigación sobre traducción automática, reconocimiento óptico de caracteres u otros campos para los que resulte útil disfrutar de acceso a una gran cantidad de texto, por favor, envíenos un mensaje. Fomentamos el uso de materiales de dominio público con estos propósitos y seguro que podremos ayudarle.

+ *Conserve la atribución* La filigrana de Google que verá en todos los archivos es fundamental para informar a los usuarios sobre este proyecto y ayudarles a encontrar materiales adicionales en la Búsqueda de libros de Google. Por favor, no la elimine.

+ *Manténgase siempre dentro de la legalidad* Sea cual sea el uso que haga de estos materiales, recuerde que es responsable de asegurarse de que todo lo que hace es legal. No dé por sentado que, por el hecho de que una obra se considere de dominio público para los usuarios de los Estados Unidos, lo será también para los usuarios de otros países. La legislación sobre derechos de autor varía de un país a otro, y no podemos facilitar información sobre si está permitido un uso específico de algún libro. Por favor, no suponga que la aparición de un libro en nuestro programa significa que se puede utilizar de igual manera en todo el mundo. La responsabilidad ante la infracción de los derechos de autor puede ser muy grave.

Acerca de la Búsqueda de libros de Google

El objetivo de Google consiste en organizar información procedente de todo el mundo y hacerla accesible y útil de forma universal. El programa de Búsqueda de libros de Google ayuda a los lectores a descubrir los libros de todo el mundo a la vez que ayuda a autores y editores a llegar a nuevas audiencias. Podrá realizar búsquedas en el texto completo de este libro en la web, en la página `http://books.google.com`

Bd. June 1, 1908.

HARVARD LAW LIBRARY.

Received Mar. 26, 1900.

CÓDIGO CIVIL

TOMO III

3177 Spain. Laws, statutes, etc. Codes, Civil
x c

LEGISLACIÓN ESPAÑOLA

CÓDIGO CIVIL

COMENTADO Y CONCORDADO EXTENSAMENTE

CON ARREGLO Á LA NUEVA EDICIÓN OFICIAL

POR

Q. MUCIUS SCÆVOLA

ABOGADO DEL ILUSTRE COLEGIO DE MADRID

TOMO III

Paternidad y filiación.
Alimentos entre parientes.
Patria potestad.
Adopción.—Ausencia.

TERCERA EDICIÓN

3

MADRID
IMPRENTA DE RICARDO ROJAS
Campomanes, 8.—Teléfono 3.071.

1893

S.
SP.1
310 S
E 92

Es propiedad del autor,
quedando hecho el depósito
que marca la ley.

Rec. Mar. 26, 1900.

CÓDIGO CIVIL

Estudio comparativo entre las materias comprendidas en este tomo (títulos V, VI, VII y VIII, lib. I) y los proyectos de 1851, 1882 y Códigos extranjeros.

PROYECTO DE 1851

ALIMENTOS (1)

Libro I.—Título III.—Artículos 68 al 73.

Capítulo III: De los derechos y obligaciones que nacen del matrimonio.—Sección 2.ª: De los deberes de los esposos para con sus hijos, y de su obligación y la de otros parientes á prestarse recíprocamente alimentos (artículos 68 al 73).

Personas obligadas á prestar alimentos (art. 68).—Comenzaba este proyecto en la parte de que nos ocupamos asentando el precepto del párrafo 1.° del art. 155 del Código vigente, ó sea el de que el padre y la madre están obligados á criar á sus hijos, educarlos y alimentarlos. A falta de los padres, los ascendientes de ambas líneas más próximos en grado (art. 69) tenían la obligación de alimentar á sus descendientes, obligación recíproca (art. 70), pues los hijos y

(1) Seguimos en su estudio el orden de materias que el mismo determina.

descendientes debían alimentos á sus padres y ascendientes, en proporción (art. 71) al caudal de quien los da y á las necesidades de quien los recibe.

El derecho á los alimentos era irrenunciable (art. 73).

Término de la obligación de prestarlos (art. 72).—Cesaba cuando el obligado á darlos dejaba de ser rico ó de ser indigente el que los recibía, debiendo reducirse proporcionalmente si disminuía el caudal del primero ó la necesidad del segundo. También cesaba esta obligación en los mismos casos en que estaba autorizada la desheredación; y para los hijos ó descendientes, cuando su necesidad provenía de mala conducta ó inaplicación.

PATERNIDAD Y FILIACIÓN

Libro I.—Título IV.—Artículos 101 al 132.

Capítulo I: De los hijos legítimos (artículos 101 al 108).—Capítulo II: De las pruebas de filiación de los hijos legítimos (artículos 109 al 117).—Capítulo III: De la legitimación (artículos 118 al 121).—Capítulo IV: Del reconocimiento de los hijos naturales (artículos 122 al 132).

Hijos legítimos.—Se presumían de esta condición los que naciesen en el tiempo que marca el art. 108 del Código vigente, igual en absoluto al 101 del proyecto que estudiamos.

Como causa de la imposibilidad física (art. 102) no podía alegar el marido su impotencia anterior al matrimonio; pero sí la posterior, con tal que no se fundase en su vejez; ni desconocer al hijo por causa de adulterio de su madre, aunque ésta declarare contra su legitimidad.

Impugnación de la legitimidad.—El marido podía desconocer la del nacido trescientos días después que judicialmente y de hecho tuviese lugar la separación definitiva ó provisional (art. 103); pero en este caso, la mujer tenía facultad para proponer todas las pruebas conducentes á demostrar la paternidad de su marido. El tiempo para contradecir el

marido la legitimidad del hijo era de dos meses, contados desde el fallecimiento (art. 105).

No podía desconocer la legitimidad (art. 104) en los casos que marca hoy el 110.

Respecto á los herederos del marido (art. 106), tenían derecho á impugnar la legitimidad del nacido dentro de los ciento ochenta días siguientes á la celebración del matrimonio cuando aquél no hubiese comenzado la demanda, y en los demás casos si habiendo el marido muerto sin hacer la reclamación dentro del plazo de dos meses, desde el día en que el hijo hubiera sido puesto en posesión de los bienes del marido ó desde que los herederos fuesen perturbados en la posesión de la herencia. Pero en ningún caso podían el marido ó sus herederos (art. 108) proponer la demanda de ilegitimidad si el hijo no nacía con figura humana y vivía veinticuatro horas desprendido del seno materno (art. 107).

Pruebas de la filiación legítima.—Admitía el proyecto de 1851 (art. 109) como principal la partida de bautismo, y en su defecto, la posesión constante del estado de hijo legítimo, posesión que, según el art. 110 del mismo, se acreditaba por una reunión de circunstancias, tales como el uso constante del apellido del padre con anuencia de éste y el trato que como tal hijo hubiera recibido de su padre, de su familia y del público. A falta de estos medios, disponía el 112 que era pertinente la prueba testifical siempre que hubiese un principio de prueba por escrito ó indicios fundados en hechos que constasen desde luego y fuesen tales que recomendaren la admisión de tal prueba. En este caso, la filiación podría impugnarse por cualquiera prueba legal.

Como el Código actual y el proyecto de 1882, el del 51 manifestaba, en su art. 113, que es imprescriptible el derecho del hijo para reclamar su estado, derecho cuyo ejercicio no podían intentar sus herederos (art. 114) sino cuando hubiere muerto antes de cumplir veinticuatro años ó caído en demencia antes de dicha edad y muriese en este estado.

También concedía á los herederos del marido (art. 115) la facultad de continuar la acción intentada por el hijo en los casos en que éste podía hacerlo y la de contestar toda demanda que tuviera por objeto disputar la condición del hijo, materia de la competencia exclusiva, según el 116, de los Tribunales civiles.

Contenía también un precepto (art. 111) omitido en el Código moderno y admitido en muchos extranjeros: el de que nadie podía reclamar un estado contrario al que resultase de su partida de nacimiento si ésta guardaba conformidad con la posesión de estado, así como tampoco impugnarlo.

Legitimación.—No admitía el proyecto de 1851 como medio de legitimación de los hijos naturales (art. 118) más que uno: el subsiguiente matrimonio, considerando como hijos naturales los nacidos fuera del matrimonio de los padres que al tiempo de la concepción de aquéllos pudieran casarse aunque fuera con dispensa. Para que la legitimación produjese efecto era preciso el reconocimiento de los hijos antes del matrimonio ó en el acto de celebrarlo (artículo 119); igualaba, como sucede ahora, los legitimados con los legítimos (art. 120), y aprovechaba á los descendientes de los hijos premuertos (art. 121).

Reconocimiento de los hijos naturales.—Podía hacerse por uno ó ambos padres, bastando en el primer caso que el que le reconociese hubiere sido libre para contraer matrimonio en los primeros ciento veinte días de los trescientos anteriores al nacimiento. Pero no podía ser reconocido el hijo habido por un tío con su sobrina carnal (artículos 122 y 123). El reconocimiento había de hacerse en la partida de nacimiento, escritura pública ó testamento, conteniendo en sus artículos 125, 126, 128 y 129 disposiciones análogas á las de los 132 y 133 del que rige.

Si de una sentencia—decía el art. 132—resultare que el hijo reconocido como natural procedía de unión adulterina,

incestuosa, no dispensable por la Iglesia, ó sacrílega, será nulo el reconocimiento, y aquél sólo tendrá derecho á los alimentos.

Derechos de los hijos naturales reconocidos.—Los determinaba el art. 130, y son iguales á los que señala hoy el 134.

Investigación de la paternidad y de la maternidad.—La prohibía el art. 127, y sólo se admitía en los casos de rapto, violación ó estupro cuando la época de estos delitos coincidía con la de la concepción.

ADOPCIÓN

Libro I.—Título V.—Artículos 133 al 141.

Quiénes pueden adoptar.—Determinaban esto los artículos 133, 134, 135, 136 y 137, que contenían idéntica doctrina á la de los artículos 173 y 174 del actual Código.

Requisitos y forma de la adopción.—Si el adoptado era mayor de edad precisaba su expreso consentimiento, si era menor, el de las personas que respectivamente debían prestarlo para el matrimonio, y tratándose de un demente, el de su tutor (art. 138). La adopción había de hacerse presentándose ante el Alcalde el adoptante, el adoptado y las personas que en su caso debían prestar el consentimiento, consignando su celebración en escritura pública (art. 139).

Derechos del adoptado.—Usar el apellido de su familia, y el del adoptante, si así se expresaba en la escritura de adopción (art. 140). El adoptante y el adoptado se debían alimentos recíprocos, pero esta reciprocidad no se extendía al derecho de herencia por testamento. El adoptado conservaba en todo caso los derechos que le correspondían en su familia natural (art. 141).

PATRIA POTESTAD

Libro I.—Título VII.—Artículos 143 al 170.

Capítulo I: De los efectos de la patria potestad respecto á las personas de los hijos (artículos 143 al 149).—Capítulo II: De los efectos de la patria potestad respecto á los bienes de los hijos (artículos 150 al 159).—Capítulo III: De los modos de acabarse la patria potestad (artículos 160 al 169).—Capítulo IV: Disposición común á los artículos anteriores (art. 170).

Efectos de la patria potestad respecto á las personas de los hijos.—La patria potestad sobre los hijos menores correspondía al padre, su legítimo representante en juicio (artículos 144 y 146), y en defecto de éste á la madre. Pero si sólo estaban bajo la patria potestad durante su menor edad, les debían siempre respeto y reverencia (art. 143).

Corrección.—De esto se ocupaban los artículos 147, 148 y 149 en términos análogos á los del 156, 157 y 158 del vigente.

Efectos de la patria potestad sobre los bienes de los hijos.—Comenzaba el proyecto de 1851 (art. 156) esta parte sentando un principio general equivalente al del actual artículo 159 (menos el no citar á la madre): el de que el padre es el administrador legal de los bienes de los hijos menores.

El art. 151 encerraba doctrina análoga á la del 161 del Código, y lo mismo sucede con los artículos 152 y 153 respecto del 160.

Pertenecían también al hijo en propiedad y usufructo, conforme al art. 154, los bienes donados al hijo para su educación é instrucción ó con la condición de que el padre, ó en su caso la madre, no los usufructuasen; los que adquiriese con su trabajo ó industria, no estando en compañía de su padre, ó con ocasión de la milicia, ejercicio de car-

gos civiles ó de profesiones ó artes liberales, teniendo asimismo en estos dos últimos casos (art. 155) la administración de sus bienes.

Las obligaciones del padre eran (art. 156) las de todo usufructuario, excepto la de afianzar, á cuyo cumplimiento podía ser compelido (art. 157) por cualquiera de los parientes llamados á constituir el consejo de familia.

Las reglas de los artículos 158 y 159 sobre la enajenación ó gravamen de los bienes ó intereses opuestos del padre y de los hijos se asemejaban mucho á las de los artículos 164 y primer párrafo del 165 del Código de 1888 respectivamente.

Terminación de la patria potestad.—Los modos de acabarse (art. 160), los de perderse (art. 161) y suspenderse (artículos 162 y 163), eran iguales á los que se encuentran establecidos en los artículos 167, 169, 170 y 171 del Código.

El art. 164 preceptuaba que la madre sucedía al padre en la patria potestad con todos sus derechos y obligaciones.

Los demás artículos del capítulo que estudiamos (artículos 165 al 169), concernían á extremos de que no se ocupa el Código vigente, ya referentes á la facultad del padre para nombrar á la madre en testamento uno ó más consultores, cuyo dictamen había de oir para todos los actos que el padre determinase, pudiendo ser privada de la patria potestad la que maliciosamente dejara de oirlos (así como la que diere á luz un hijo ilegítimo); ya á la conservación de dicho poder, menos la administración de los bienes, por la que contrajere segundas nupcias, á no ser que el consejo de familia se la difiriese, en cuyo caso el marido respondería mancomunadamente con su mujer de las resultas de la administración; ya, por último, á que la madre que volviere á enviudar recobrara los derechos perdidos.

La disposición común que formaba el contenido del artículo 173, cap. IV, afirmaba la patria potestad de *ambos padres* sobre los hijos naturales reconocidos y adoptivos

menores de edad, pero sin gozar del usufructo de sus bienes ni aun la administración, si no constituían hipoteca suficiente á satisfacción del Juez del domicilio ó de las personas que debían concurrir á la adopción.

DE LOS AUSENTES

Libro I.—Título XI.—Artículos 310 al 333.

Capítulo I: De las medidas provisionales en caso de ausencia (artículos 310 al 312).—Capítulo II: De la declaración de ausencia (artículos 313 al 317).—Capítulo III: De los efectos de la declaración de ausencia (artículos 318 al 321).—Capítulo IV: De la presunción de muerte del ausente (artículos 322 al 326).—Capítulo V: De los efectos de la ausencia relativamente á los derechos eventuales del ausente (artículos 327 al 330).—Capítulo VI: Disposiciones generales (artículos 331 al 333).

Medidas provisionales en caso de ausencia.—Como ordena el Código vigente, el proyecto del 51 determinaba también en esta materia (art. 310), que cuando una persona hubiese desaparecido del lugar de su domicilio sin dejar apoderado, á instancia de parte ó del Ministerio fiscal, se nombraría judicialmente persona que lo representase, pudiendo recaer el nombramiento en uno de los cónyuges (artículo 311) si el otro era el ausente, y dictarse las providencias oportunas para asegurar los derechos, intereses, etcétera, de éste (art. 312).

Declaración de ausencia.—Podía pedirse pasados cuatro años sin haber tenido noticia del ausente por los herederos legítimos presuntos ó testamentarios y por quien tuviese sobre sus bienes algún derecho subordinado á la condición de su muerte (art. 313). Si el ausente hubiera dejado apoderado para la administración, no podrían hacer los parientes la reclamación hasta pasados diez años desde su desaparición y haberse recibido las últimas noticias (art. 315). Si el

Juez encontrare fundada la reclamación, debía remitir al Gobierno testimonio de ella para su inserción en los periódicos oficiales, no pudiendo verificarse la declaración hasta pasado el tiempo de la publicación, que también debía tener lugar con relación á aquélla (art. 317).

Efectos de la declaración de la ausencia.—Declarada la ausencia y existiendo testamente cerrado, se abría á instancia de cualquiera que creyese tener derecho en él. Los herederos testamentarios, y en su defecto los legítimos del ausente, podían ser puestos en posesión provisional de sus bienes dando fianza segura, y lo mismo los legatarios, donatarios y todos los que tuviesen sobre los bienes del ausente derechos subordinados á la condición de su muerte (318 y 319).

Derechos y obligaciones del poseedor provisional.—Se asignaban los mismos que al curador del incapaz, supliéndose la intervención del consejo de familia por la aprobación judicial (art. 320). Si el ausente se presentaba ó se probaba su existencia antes de declararse la presunción de su muerte, debían serle entregados los bienes con deducción del quinto de sus frutos y rentas, que quedaban á beneficio del que hubiese tenido la posesión provisional (art. 321).

Presunción de muerte del ausente.—Sobre este particular afirmaba que pasados treinta años desde la desaparición del ausente ó las últimas noticias, ó ciento desde su nacimiento, procedía, á instancia de parte interesada, declarar la presunción de muerte (art. 322), publicar su testamento y dar posesión definitiva de los bienes á los herederos y demás interesados y cancelar la fianza prestada (art. 323).

Una vez probada la muerte del ausente, determinaba que se defiriese la herencia á los que debían heredarle en aquella época (324).

Para el caso en que el ausente se presentase ó se probare su existencia, regía un precepto igual al del 194 del Código (artículo 325).

Efectos de la ausencia con relación á los derechos eventuales del ausente.—Eran idénticos á los del capítulo equivalente del Código actual.

Disposiciones generales.—Se reducían éstas: á que el que tuviese la administración provisional ó definitiva de los bienes del ausente tenía que formar inventario de los bienes y representar á aquél en juicio y fuera de él (art. 331); á que transcurridos seis meses desde la desaparición del padre se proveyera de tutor á sus hijos menores si no tenían madre, y á que el Ministerio Fiscal velase por los intereses del ausente, siendo oído en todos los juicios que al mismo hiciesen referencia.

PROYECTO DE 1882

PATERNIDAD Y FILIACIÓN

Libro I.—Título IV.—Artículos 87 al 120.

Capítulo I: De los hijos legítimos (artículos 87 al 93).—Capítulo II: De las pruebas de filiación de los hijos legítimos (artículos 94 al 97).—Capítulo III: De los hijos legitimados (artículos 98 al 107).—Capítulo IV: De los hijos ilegítimos.—Sección 1.ª: Del reconocimiento de los hijos naturales (artículos 108 al 117).—Sección 2.ª: De los demás hijos ilegítimos (artículos 118 al 120).

Pocas son las diferencias que existen respecto de la institución de la paternidad, que ha venido á adquirir carácter de estabilidad en el moderno Código, inspirándose en las disposiciones del proyecto de 1882.

Dicho proyecto establece que la acción para impugnar la legitimidad del hijo debe ejercitarse dentro de los dos meses siguientes á la inscripción del nacimiento en el Registro, y de tres estando ausentes el marido ó cualquiera de sus herederos, siempre que residieren en Europa, y de seis si fuera de ella. El Código vigente ha alterado tan sólo la palabra Europa por la de España.

El proyecto de 1882 consigna un artículo igual al 30 del Código civil moderno, y es aquel que dispone que para los efectos civiles sólo se reputará nacido el feto que tuviera figura humana y viviere veinticuatro horas desprendido del seno materno.

Para la legitimación por concesión Real era necesario que concurrieran los mismos requisitos que se consignan en el art. 125 del actual Código, con la sola diferencia de que éste añade el primer inciso, que no constaba en el de 1882.

Los funcionarios públicos no autorizarán documento en que conste el nombre de la persona con quien hubiera tenido el hijo aquélla que tratase de reconocerle, incurriendo dichos funcionarios, si faltasen á este precepto, en la multa de 125 á 500 pesetas. El proyecto de 1882 disponía exactamente lo mismo, pero omitía la pena con que serían castigados los funcionarios, y el hecho de tacharse las palabras que contuvieran la revelación terminantemente prohibida.

El derecho á alimentos que tienen los hijos ilegítimos puede ejercitarse en los mismos casos preceptuados en el artículo 140 del Código vigente, si bien el proyecto de 1882 añadía un apartado que disponía la efectividad de este derecho cuando la paternidad ó maternidad provenga de un matrimonio declarado nulo.

El art. 120 del proyecto que estudiamos no tiene más diferencia con el 141 del Código moderno que la de no consentir la admisión en juicio de ninguna demanda que tenga por objeto investigar la paternidad ó maternidad de los hijos ilegítimos en quienes no concurra la condición legal de naturales.

La sección correspondiente á la obligación recíproca de dar alimentos, y que figura en nuestro Código en el lib. I, título VI, con el epígrafe de «Los alimentos entre parientes,» no existe en el proyecto de 1882.

PATRIA POTESTAD

Libro I.—Título V.—Artículos 121 al 146.

Capítulo I: De la patria potestad (art. 121).—Capítulo II: Efectos de la patria potestad respecto á las personas de los hijos (artículos 122 al 126).—Capítulo III: De los efectos de la patria potestad respecto á los bienes de los hijos (artículos 127 al 133).—Capítulo IV: De los modos de acabarse la patria potestad (artículos 134 al 138).—Capítulo V: De la adopción (artículos 139 al 146).

Toda esta sección es igual en todos sus preceptos á la correspondiente del Código actual, y si bien se notan algunas diferencias, éstas son muy pequeñas y se refieren más á la forma, puesto que el fondo es el mismo en ambos Códigos.

Estas consideraciones nos impiden entrar á detallar los preceptos contenidos en tan importante materia, porque de hacerlo nos veríamos obligados á copiar lo que respecto del particular está vigente.

AUSENCIA

Libro I.—Título VI.—Artículos 147 al 164.

Capítulo I: Medidas provisionales en caso de ausencia (artículos 147 al 149).—Capítulo II: De la declaración de ausencia (artículos 150 al 152).—Capítulo III: De la administración de los bienes del ausente (artículos 153 al 156).—Capítulo IV: De la presunción de muerte del ausente (artículos 157 al 160).—Capítulo V: De los efectos de la ausencia relativamente á los derechos eventuales del ausente (artículos 161 al 164).

La simple enumeración de los capítulos y secciones en que aparecían desenvueltas las materias objeto de este tema en el proyecto de 1882, basta para comprender la íntima analogía que guarda con el Código vigente. La doctrina es igual, salvo ligerísimas diferencias, que no alteran en nada la semejanza existente entre uno y otro; semejanza que se ex-

tiende hasta la parte formal, pues son los mismos el número y epígrafe de los capítulos y secciones. Por esta razón creemos innecesario hacer estudio alguno sobre el mismo, que no conduciría á otra cosa que á repetir los preceptos del Código.

ALEMANIA

Esta nación, ó mejor dicho, el conjunto de pueblos que la forman, unidos políticamente desde 1870, no ha realizado todavía su unidad legislativa civil, pero camina hacia ella con paso rápido. Rigen en sus respectivos territorios los Códigos de Baviera, Prusia y Sajonia, y en algunos el de Napoleón: pero se ha publicado ya un proyecto de Código civil alemán y otro de ley para su planteamiento, el primero en Abril de 1888 y el segundo en Enero del año 1890. Por este motivo prescindiremos de cada uno de aquellos Códigos regionales, si vale la palabra, para dar una ligera idea de ambos proyectos.

El Código está dividido en cinco libros, en esta forma: 1.° Parte general. 2.° Derecho de obligaciones. 3.° Derecho sobre las cosas. 4.° Derecho de familia. 5.° Derecho de herencia.

El libro I comprende un epígrafe, «Parte general,» y once secciones que tratan respectivamente: 1.ª De las normas del derecho. 2.ª De las personas. 3.ª De las personas jurídicas. 4.ª De los actos jurídicos. 5.ª De la negligencia y del error. 6.ª Del cómputo de los términos. 7.ª De la prescripción de las acciones. 8.ª De la propia defensa y del propio auxilio. 9.ª De la cosa juzgada. 10. De la prueba. 11. De la prestación de cauciones.

El libro II se divide en cuatro secciones: 1.ª De las obligaciones en general. 2.ª De las obligaciones que se fundan

en actos jurídicos entre vivos. 3.ª De las obligaciones derivadas de hechos ilícitos. 4.ª De las obligaciones derivadas de otras causas.

Nueve secciones forman el contenido del libro III, á saber: 1.ª Disposiciones generales (cosas, su clasificación, frutos, etc.). 2.ª De la posesión y de la tenencia. 3.ª Disposiciones generales acerca del derecho sobre bienes inmuebles (inscripción, anotación y cancelación de los actos y contratos sujetos á registro). 4.ª De la propiedad. 5.ª Del derecho de tanteo sobre bienes inmuebles. 6.ª Del derecho de superficie. 7.ª De las servidumbres. 8.ª De las cargas reales. 9.ª Del derecho pignoraticio y de la deuda territorial.

Tres secciones encierra el libro IV, que son: 1.ª Del matrimonio. 2.ª Del parentesco. 3.ª De la tutela.

Seis el V, en este orden: 1.ª Reglas generales. 2.ª Disposiciones de última voluntad. 3.ª Disposiciones por causa de muerte, establecidas en contrato. 4.ª De la herencia legítima. 5.ª De la renuncia de herencia. 6.ª De la posición jurídica del heredero.

Cada una de las secciones comprende, por regla general, varios títulos, que á su vez se subdividen en diversos capítulos.

Las materias de nuestro Código que constituyen el tomo presente se hallan contenidas en la sección 2.ª y parte de la 3.ª del libro IV, correspondiente al derecho de familia, y de las mismas haremos una ligera indicación.

La sección 2.ª comprende ocho títulos, que son los siguientes:

1.° De la descendencia matrimonial.

2.° De la obligación de alimentos entre ascendientes, descendientes y hermanos.

3.° Relaciones jurídicas entre padres é hijos habidos en matrimonio. Este título comprende los siguientes capítulos: I. Disposiciones generales. II. Patria potestad, que á su vez

contiene: 1.° Disposiciones generales. 2.° Del cuidado de las personas y bienes de los hijos. 3.° Del usufructo paterno. 4.° De la potestad del padre. 5.° De la protección y vigilancia de los Tribunales de tutela y limitaciones de la patria potestad. 6.° De la suspensión y terminación de la patria potestad.

4.° De las relaciones jurídicas entre los padres y los hijos de matrimonio nulo.

5.° De las relaciones jurídicas entre los padres y los hijos habidos fuera de matrimonio: I. Disposiciones generales. II. De la obligación de alimentar á dichos hijos.

6.° De la legitimación de los hijos habidos fuera de matrimonio: I. De la legitimación por subsiguiente matrimonio. II. De la legitimación por disposición de la autoridad.

7.° De la adopción.

8.° De la declaración judicial de las relaciones de familia (efectos de las sentencias sobre paternidad y filiación con relación á las partes interesadas y á tercero).

La sección 3.ª tiene un título III, cuyo epígrafe es «De la curatela,» referente á los casos en que procede nombrar curadores-administradores especiales, y entre ellos está el de los ausentes en ignorado paradero.

Se ha publicado además, como hemos dicho, el proyecto de ley para el planteamiento del Código, cuyo objeto es facilitar la aplicación de éste, resolviendo al efecto todas las cuestiones á que la misma pueda dar lugar. Consta de cuatro secciones, la primera de las cuales se ocupa de las «Disposiciones generales», ó sean fecha desde la que ha de regir el Código en las provincias anexionadas de la Alsacia y Lorena. prohibición á los diversos Estados de introducir modificaciones en el mismo y derogarle, y otras relativas ya al domicilio de la mujer divorciada, ya á las resoluciones gubernativas prohibitivas de la enajenación de bienes inmuebles, que equipara á las judiciales; ya respecto de los artículos del Código relativos á los documentos de crédito al portador, que hace

extensivos á las acciones de sociedades de igual clase que aquéllos.

La sección 2.ª tiene como epígrafe «Relación entre el Código civil y las leyes del Imperio», y para este efecto no se limita á determinar en qué consiste tal relación, sino que expresa los artículos redactados que han de incluirse en las leyes modificadas y los nuevos que se añaden á las mismas. Las leyes que comprende esta sección son las siguientes: adquisición y pérdida de la nacionalidad, Código penal, concursos y quiebras, consulados, emigración, expropiación forzosa, indemnización por accidentes en los ferrocarriles ó por los actos de los funcionarios públicos, matrimonios contraídos en el extranjero, organización militar, protección á las viudas y huérfanos de funcionarios civiles y militares, prueba del estado civil.

«De la relación entre el Código civil y las leyes de cada Estado» trata la sección 3.ª, en la que se sienta como principio general el de que «quedan derogadas y sin valor alguno todas las disposiciones de Derecho civil de cada uno de los Estados del Imperio, excepto aquellas que por declaración expresa del Código ó de esta misma ley han de seguir vigentes.»

Por último, la sección 4.ª comprende las «Disposiciones transitorias» relativas á la aplicación y desenvolvimiento del principio de la retroactividad de las leyes en aquellas materias que dan lugar á dudas, como minoria de edad, emancipación, patria potestad, paternidad y filiación, tutela y curatela, matrimonio, sucesiones, obligaciones y prescripción de acciones.

Como se ve por la brevísima reseña que hacemos de tal proyecto de ley, compréndese su importancia y transcendencia, mereciendo sólo grandísimas alabanzas, tanto por el espíritu de previsión que revela, como por el sentido práctico que lo informa. Es un trabajo concienzudo y admirable que honra á la ciencia jurídica alemana y á cuantos han intervenido en su redacción.

BÉLGICA Y FRANCIA

Estudiamos juntas ambas naciones porque los preceptos de sus Códigos respecto de las materias de este tomo son iguales en absoluto, tanto en su contenido, como en la disposición formal de sus títulos, capítulos, secciones y artículos.

DE LOS AUSENTES

Libro I.—Título IV.—Artículos 112 al 143.

Capítulo I: De la presunción de ausencia (artículos 112 al 114).—Capítulo II: De la declaración de ausencia (artículos 115 al 119).—Capítulo III: De los efectos de la ausencia.—Sección 1.ª: De los efectos de la ausencia relativamente á los bienes poseídos por el ausente el día de su desaparición (artículos 120 al 134).—Sección 2.ª: De los efectos de la ausencia relativamente á los derechos eventuales que puedan corresponder al ausente (artículos 135 al 138).—Sección 3.ª: De los efectos de la ausencia con relación al matrimonio (artículos 139 y 140).—Capítulo IV: De la vigilancia de los menores cuyo padre haya desaparecido (artículos 141 al 143).

De la presunción de ausencia.—Los Tribunales, á instancia de parte, nombrarán un Notario que represente á los presuntos ausentes en los inventarios, cuentas y particiones que puedan afectarles, estableciendo además que el Ministerio fiscal velará por sus intereses y será oído en todas las cuestiones que á los mismos se refieran.

Declaración de ausencia.—Esta declaración puede pedirse, según indica el cap. II, al Tribunal de primera instancia, previa una información con audiencia del Fiscal, cuando una persona se hubiera ausentado de su domicilio ó residencia sin tener noticia de ella durante cuatro años consecutivos. La sentencia de la declaración de ausencia no se pro-

nunciará hasta un año después del auto ordenando la información, y el fallo será remitido por el Fiscal al Ministerio de Justicia para su publicación.

Efectos de la ausencia relativos á los bienes poseídos por el ausente el día de su desaparición.—Obtenido el fallo definitivo declaratorio de la ausencia, si el ausente no ha dejado poder para administrar sus bienes, sus herederos presuntos en aquel momento podrán obtener la posesión provisional de los bienes que pertenecieran al ausente, previa fianza suficiente. Si el ausente hubiera dejado poder, la declaración de ausencia y la posesión provisional no podrá solicitarse en ese caso hasta pasados diez años desde su desaparición ó últimas noticias.

La posesión provisional tiene el carácter de depósito. Los que la obtengan practicarán un inventario del mobiliario y de los títulos del ausente en presencia del Fiscal ó del Juez de paz, y podrán solicitar que se proceda por un perito á examinar y hacer constar el estado de los inmuebles, sin que en ningún caso puedan enajenarlos ó hipotecarlos.

Si los herederos presuntos son los que han obtenido la posesión provisional y existe testamento, se abrirá ante el Fiscal, y los legatarios, donatarios ó cualquier persona que tuviera sobre los bienes del ausente derechos subordinados á la condición de su muerte, tendrán facultad para ejercitarlos provisionalmente siempre que presten fianza.

Los que estén disfrutando los bienes del ausente le entregarán la quita ó la décima parte de sus rentas, según que regresare antes ó después de los quince años siguientes al día de su desaparición. Pasados treinta años, las rentas pertenecerán en totalidad á los poseedores.

Si el ausente regresa ó se prueba su existencia durante la posesión provisional, cesarán los efectos de la sentencia en que se haya declarado la ausencia. Si estas circunstancias tienen lugar después de declarada la posesión definitiva, recobrará sus bienes en el estado en que se encontra-

ren y el precio de los vendidos, ó los nuevos adquiridos con el importe de las ventas realizadas. Los hijos y descendientes del ausente podrán también, durante los treinta años siguientes á la declaración de la posesión definitiva, pedir la restitución de sus bienes con arreglo á lo dispuesto en el párrafo anterior.

En el caso de que otorgada la posesión provisional pasaren treinta años y continuare la ausencia ó hubieren transcurrido cien años desde el nacimiento del ausente, cesarán las fianzas, y todos los que se crean con derecho para ello podrán pedir la partición de los bienes y el otorgamiento de la posesión definitiva.

En cuanto á la sucesión del ausente, dispone este Código que se abrirá el día en que se pruebe su fallecimiento, recayendo aquélla en los herederos más próximos.

Una vez declarada judicialmente la ausencia, los que tuvieren que ejercitar derechos contra el ausente deberán repetir contra los que estén en la posesión ó administración legal de los bienes.

Efectos de la ausencia respecto de los derechos eventuales que puedan corresponder al causante.—El Código francés distingue el caso en que ese derecho sea á una sucesión ó no lo sea. En el primer caso, recaerá en aquellas personas con las cuales el ausente hubiera concurrido á la sucesión, ó las que en su defecto tenian derecho á suceder. En el segundo, el que reclame en nombre del ausente probará que éste existía al originarse la acción ó derecho reclamado.

Estas disposiciones se entienden, no obstante, sin perjuicio de las acciones que correspondan al ausente ó sus causahabientes y que se extinguen sólo por la prescripción. En todo caso, los que hayan entrado en la sucesión harán suyos los frutos percibidos de buena fe hasta que el ausente se presente ó ejercite las acciones correspondientes.

Efectos de la ausencia relativos al matrimonio.—El cónyuge ausente no podrá impugnar el matrimonio contraído

por el cónyuge presente sin probar su existencia, y éste podrá solicitar la posesión provisional de los bienes si aquél no hubiera dejado parientes aptos para sucederle.

Vigilancia de los menores de padre ausente.—Declara este capítulo que quedarán al cuidado de la madre con iguales derechos que aquél, y si falleciere al tiempo de la desaparición ó antes de la declaración de ausencia, al de los ascendientes más próximos, ó, en su defecto, al de un tutor provisional en virtud de designación del consejo de familia. Y lo mismo cuando el padre ausente haya dejado hijos de matrimonios anteriores.

DE LA PATERNIDAD Y FILIACIÓN

Libro I.—Título VII.—Artículos 312 al 342.

Capítulo I: De la filiación de los hijos legítimos ó nacidos del matrimonio (artículos 312 al 318).—Capítulo II: De las pruebas de filiación de los hijos legítimos (artículos 319 al 330).—Capítulo III: De los hijos naturales.—Sección 1.ª: De la legitimación de los hijos naturales (artículos 331 al 333).—Sección 2.ª: Del reconocimiento de los hijos naturales (artículos 334 al 342).

Filiación de los hijos legítimos ó nacidos del matrimonio.—El capítulo I lleva por epígrafe, según vemos, «De la filiación de los hijos legítimos», y reputa como tal al concebido durante el matrimonio.

Este es el principio general que sienta, pero en contra del mismo establece que el padre podrá desconocer al hijo nacido dentro del matrimonio si prueba que en el tiempo transcurrido desde los trescientos días hasta ciento ochenta antes del nacimiento no pudo cohabitar con su mujer por ausencia ú otro accidente. Por el contrario, no le permite alegar tal desconocimiento ni por impotencia natural ó adulterio de la mujer, á no ser que se le haya ocultado el nacimiento, en cuyo caso podrá proponer toda clase de pruebas.

El artículo que establece esto (313) contiene un segundo párrafo que no figura en el de Bélgica, y que es la única diferencia que existe entre ambos. En él se preceptúa que «si se hubiese declarado el divorcio ó la separación personal, el marido podrá desconocer al hijo que haya nacido diez meses después de las fechas respectivas de cada uno de aquellos hechos ó antes de los seis meses siguientes á la desestimación de la demanda ó de haberse efectuado la reconciliación. No se admitirá la acción de desconocimiento si los esposos se hubieran unido de hecho».

Tampoco podrá el padre negar la paternidad del hijo nacido antes de los seis meses posteriores á la celebración del matrimonio en los dos primeros casos del art. 110 de nuestro Código, y cuando el hijo no haya sido declarado viable.

Impugnación de la legitimidad.—El marido no puede impugnar la legitimidad del hijo nacido diez meses después de la disolución del matrimonio. El término para esto en todos los casos es el de un mes desde el nacimiento si se encuentra en el lugar en que éste acontezca, y el de dos después de su regreso, si estuviere ausente, ó del descubrimiento del engaño si se hubiese ocultado el nacimiento.

Si el marido muriese sin hacer la reclamación, pero dentro del plazo para utilizarla, los herederos podrán impugnar la legitimidad en el término de dos meses, á contar desde la época en que el hijo debía haber sido puesto en posesión de los bienes ó en aquella en que los herederos sean perturbados por el hijo en su posesión.

Todo acto que tienda al desconocimiento extrajudicial del hijo, no producirá efecto alguno si dentro del término de un mes no se presenta demanda en forma contra el tutor que se nombre al mismo.

Pruebas de la filiación de los hijos legítimos.—En este concepto figuran en primer término las actas de nacimiento en el Registro civil, admitiéndose, sin embargo, en su defecto la posesión constante del estado de hijo legítimo, y á

falta de ésta la de testigos, siempre que haya principio de prueba documental que resulte de los títulos de familia, de los libros y papeles particulares de los padres, de actos públicos y aun privados de los litigantes ó de los que tuvieran interés en la cuestión, ó existan indicios ó presunciones suficientes á determinar por sí su admisión. Para la prueba en contrario se admitirá toda aquélla que se dirija á demostrar que el reclamante no es hijo de la madre que él supone, ó si está probada la maternidad, que no desciende del marido de la madre.

Admite también este Código la imprescriptibilidad de la acción que compete al hijo para reclamar su estado, pudiendo los herederos continuar la promovida por aquél ó intentarla por sí en casos análogos á los fijados en nuestro Código, excepto el de demencia, que no cita.

Prohíbese en el Código francés reclamar un estado contrario al que resulte del acta de nacimiento y la posesión conforme á ella, así como oponerse al mismo.

Legitimación de los hijos naturales.—Pueden legitimarse por subsiguiente matrimonio todos los nacidos fuera del mismo, salvo los incestuosos y adulterinos, si están reconocidos legalmente antes de su matrimonio. La legitimación iguala los legitimados á los legítimos en sus derechos, y aprovecha á los descendientes de los primeros que hubiesen fallecido.

Reconocimiento de los hijos naturales.—El reconocimiento de los hijos naturales cuando no conste en el acta de nacimiento, se hará por acta auténtica y no aprovechará á los incestuosos ni á los adulterinos.

El reconocimiento hecho sólo por el padre no producirá efecto respecto de la madre, y el verificado durante el matrimonio por uno de los cónyuges en favor de un hijo natural habido antes de su matrimonio de otra persona que no fuese su esposo, no podrá perjudicar ni á éste ni á los hijos legítimos, y únicamente, si no existiesen hijos del matrimonio, producirá efectos después de su disolución.

Todo reconocimiento del hijo por cualquiera de los cónyuges puede ser impugnado por los que tengan interés en ello.

Derechos de los hijos naturales.—Se refiere el Código francés, al hablar de esta materia, al título de las sucesiones. Por esta razón tampoco los mencionamos nosotros aquí, dejándolo para el lugar correspondiente.

Investigación de la paternidad y de la maternidad.—No aceptan el Código francés ni el belga esta investigación, y sólo en el caso de rapto, cuando la época en que se hubiere realizado corresponda próximamente á la de la concepción, el raptor podrá ser declarado padre del niño á instancia de los interesados. Acepta, sí, la de la maternidad, acreditando el que la pida su identidad, por decirlo así; esto es, probando que es precisamente la misma criatura que su pretendida madre dió á luz. La prueba de testigos sobre este extremo no se admitirá si no hay un principio de prueba documental.

Tampoco se admitirá demanda del hijo sobre la paternidad ó maternidad en los casos en que no proceda el reconocimiento.

DE LA ADOPCIÓN (Y DE LA TUTELA OFICIOSA)

Libro I.—Título VIII.—Artículos 313 al 360.

Capítulo I: De la adopción.—Sección 1.ª: De la adopción y sus efectos (artículos 343 al 352).—Sección 2.ª: De la forma de la adopción (artículos 353 al 360).

Adopción. Sus requisitos.—Para poder adoptar precisa ser mayor de cincuenta años (varón ó hembra), no tener hijos ni descendientes legítimos en la época de la adopción, ser mayor en quince años al que se trate de adoptar y haber favorecido á éste con recursos y cuidados durante seis años, ó que el adoptado haya salvado la vida al adoptante en algún combate, ó del fuego ó del agua. En estos últimos casos bastará con que el adoptante no tenga hijos ni descen-

dientes, y si es casado, que su mujer esté conforme con la adopción y sea mayor que el adoptado. En ningún caso podrá verificarse la adopción antes de la mayor edad del adoptado si éste tiene padres ó uno de ellos; si no ha cumplido veinticinco años necesitará su consentimiento; si es mayor de edad, sólo el consejo.

Efectos de la adopción.—El adoptado podrá llevar el apellido del adoptante, existiendo respecto de ambos la obligación recíproca de alimentos. Queda prohibido el matrimonio entre el adoptante, el adoptado y sus descendientes; entre el adoptado y los hijos del adoptante; entre aquél y el cónyuge de éste y viceversa. El adoptado conservará todos los derechos en su familia natural.

No tiene, por el contrario, derecho de sucesión á los bienes del adoptante, si bien tendrá sobre la herencia de éste los mismos derechos que hubieran correspondido al hijo habido en matrimonio, aun cuando existieran otros hijos nacidos después de la adopción.

Muriendo el adoptado sin descendientes legítimos, volverán al adoptante ó á sus descendientes las cosas dadas por aquél sin perjuicio de tercero de mejor derecho. El remanente de los bienes del adoptado pertenecerá á sus parientes naturales.

Formas de la adopción.—Materia es ésta de carácter procesal, por cuya razón la omitimos.

PATRIA POTESTAD

Libro I.—Título IX.—Artículos 371 al 387.

Poder paterno.—Consigna el Código francés en esta parte el mismo principio que el nuestro, esto es: el de que si bien los hijos están sólo sometidos á la autoridad de los padres hasta su mayor edad ó emancipación, les deben siempre respeto y reverencia. El padre es el que ejerce la patria potestad durante el matrimonio.

Corrección de los hijos.—Establece también diversas sanciones para la corrección de los hijos que á ella se hagan acreedores en relación con la edad de los mismos. Así, si el hijo no tiene diez y seis años podrá el padre hacer que se le detenga durante un mes, á cuyo efecto el Presidente del Tribunal dictará un auto á instancia del padre. Si tiene más de diez y seis y no es mayor ó emancipado, la detención podrá durar seis meses, mediante orden de arresto del Presidente del Tribunal, después de oído el Ministerio fiscal, y lo mismo en el caso de que el hijo tenga bienes personales ó ejerza una profesión, aunque sea menor de diez y seis años, el cual podrá acudir al Fiscal del Tribunal de segunda instancia.

El padre podrá disminuir el tiempo de la detención acordada á su instancia. Los gastos que aquélla ocasione serán de cuenta del mismo, á no ser que justifique su pobreza, según determina respecto de Francia un decreto de 20 de Febrero de 1822.

La madre viuda necesita para detener á un hijo el concurso de los dos parientes paternos más próximos.

Todo lo expuesto es aplicable á los padres de hijos naturales legalmente reconocidos.

Efectos de la patria potestad sobre los bienes de los hijos.—La ley francesa concede al padre durante el matrimonio, y después de disuelto al cónyuge sobreviviente, el usufructo de los bienes de sus hijos hasta cumplir diez y ocho años ó hasta su emancipación, con las obligaciones siguientes: 1.ª, las de todo usufrutuario; 2.ª, la alimentación y educación de los hijos en proporción á su fortuna; 3.ª, el pago de los réditos ó intereses de los capitales; 4.ª, los gastos de funeral, entierro y los de última enfermedad.

Perderá este usufructo el padre ó la madre contra la que se haya pronunciado sentencia de divorcio y la madre que contraiga segundas nupcias, y no será extensivo á los bienes que los hijos puedan adquirir por su trabajo ó industria, ni á los que les sean dados ó legados con la condición expresa de que sus padres no los disfruten.

ITALIA

DE LOS AUSENTES

Libro I.—Título III.—Artículos 20 al 47.

Capítulo I: De la presunción de ausencia y de sus efectos (artículos 20 y 21).—Capítulo II: De la declaración de ausencia (artículos 22 al 25).—Capítulo III: De los efectos de la declaración de ausencia.—Sección 1.ª: De la toma de posesión temporal de los bienes del ausente (artículos 26 al 35).—Sección 2.ª: De la toma de posesión definitiva de los bienes del ausente (artículos 36 al 41).—Sección 3.ª: De los efectos de la ausencia respecto de los derechos eventuales que pueden corresponder al ausente (artículos 42 al 45).—Capítulo IV: De la guarda y tutela de los hijos menores del ausente (artículos 46 y 47).

Presunción de ausencia. Efectos de la misma.—El Código italiano presume ausente á la persona que haya dejado de presentarse en el lugar de su último domicilio ó en el de su residencia sin que hayan vuelto á tenerse noticias suyas. En este caso, los Tribunales civiles de cualquiera de dichos lugares podrán, á instancia de parte interesada ó del Ministerio Fiscal, nombrar representante en juicio al ausente y dictar cuantos acuerdos sean convenientes al mismo. Si hubiera dejado mandatario ó procurador, el Tribunal se ocupará sólo de los actos que no pueda éste ejecutar dentro de los límites de su poder ó de las prescripciones legales.

Declaración de ausencia.—Pueden pedirla los presuntos herederos legítimos en unión con los testamentarios y con todos los que se crean con derecho, pasados tres años sucesivos de ausencia presunta, ó seis si hubiera dejado apoderado. Practicada una información sumaria, el fallo que recaiga se insertará dos veces, con intervalo de un mes, en el *Diario de anuncios oficiales* del distrito y en el periódico oficial del Reino. Transcurridos seis meses desde la publicación del segundo anuncio, el Tribunal resolverá sobre la declaración definitiva de ausencia, y el fallo se publicará del modo antes dicho.

Transcurridos seis meses desde la segunda publicación de la declaración definitiva de ausencia, á instancia de cualquier interesado ó del Ministerio público se procederá á la apertura del testamento del causante.

Efectos de la declaración de ausencia (*cap. III*).—*Posesión temporal de los bienes del ausente* (*sección 1.ª, artículos 16 al 35*).—Los herederos testamentarios y abintestato podrán pedir la posesión temporal de los bienes, y los legatarios, donatarios y los que tuvieren sobre los bienes del ausente derechos subordinados á la condición de la muerte, su admisión al ejercicio temporal de tales derechos, previa la fianza que el Tribunal determine. Si alguno de ellos no la pudiere otorgar, adoptará el Tribunal las medidas oportunas según el capital del ausente, grado de parentesco del poseedor, etc. El cónyuge del ausente, á más de lo que pueda corresponderle por las capitulaciones matrimoniales ó á título de herencia, podrá obtener una pensión alimenticia en relación con las condiciones de su familia y el capital del ausente.

Los que obtengan la posesión formarán inventario de los bienes muebles, describiendo también los inmuebles, que no podrán enajenar ó hipotecar sino mediante autorización judicial.

Respecto á las rentas de los bienes del ausente, se han de observar las siguientes reglas: los ascendientes, descendientes y el cónyuge perciben la totalidad de las mismas; los parientes, dentro del sexto grado, deberán reservar el quinto de las rentas en los diez primeros años de la ausencia, y la décima parte desde este momento hasta treinta años; los de grado posterior ó extraños la tercera parte en los diez primeros años y la sexta en los veinte siguientes.

Si durante la posesión temporal regresare el ausente ó se probase su existencia, cesarán los efectos de la declaración de ausencia, restituyéndosele por los poseedores de los bienes, éstos, con las rentas en la forma acabada de indicar. Si,

por el contrario, se prueba su muerte, se abrirá la sucesión en favor de las personas que en la fecha de aquélla fueran sus herederos legítimos ó testamentarios, ó sus sucesores.

Posesión definitiva de los bienes.—Continuando la ausencia durante los treinta años siguientes á la toma de posesión temporal, ó pasados cien años desde la fecha del nacimiento del ausente, y además las últimas noticias fuesen de los tres años anteriores, los interesados pueden pedir la posesión definitiva. Acordada que sea, adquieren la libre disposición de los bienes del ausente; los derechos subordinados al hecho de la muerte del ausente se convierten en definitivos y cesará toda administración judicial.

En cuanto al caso en que el ausente regrese después de la posesión definitiva, rigen los preceptos análogos á los del Código francés, y lo mismo respeto de los derechos de los hijos del ausente y de las acciones contra éste.

Derechos eventuales que puedan corresponder al ausente.—La doctrina de este particular y la guarda de los menores del ausente es igual á las equivalentes del de Francia. No hay más diferencia que respecto de esta última sección no habla del caso en que existan hijos de un anterior matrimonio.

DE LA FILIACIÓN

Libro I.—Título VI.—Artículos 159 al 201.

Capítulo I: De la filiación de los hijos concebidos ó nacidos durante el matrimonio (artículos 159 al 169).—Capítulo II: De la prueba de filiación legítima (artículos 170 al 178).—Capítulo III: De la filiación de los hijos nacidos fuera de matrimonio y de la legitimación.—Sección 1.ª: De la filiación de los hijos nacidos fuera de matrimonio (artículos 179 al 193).—Sección 2.ª: De la legitimación de los hijos naturales (artículos 194 al 201).

Filiación de los hijos concebidos ó nacidos durante el matrimonio, é impugnación de la legitimidad.—El principio de que un hijo se presume legítimo (el concebido durante el matrimonio), los casos en que el nacido antes de los ciento

ochenta días se estima de tal condición, los en que el padre puede ó no desconocer al hijo, son iguales á los del Código de Napoleón. No así los términos para impugnar la legitimidad, que son: dos meses cuando el padre se encuentre en el lugar del nacimiento del hijo; tres siguientes á su regreso si se hallaba ausente, y el mismo tiempo desde el descubrimiento del fraude si se hubiere ocultado el nacimiento.

También son iguales en este Código y en el francés los casos en que los herederos pueden impugnar la legitimidad.

La acción del desconocimiento de la paternidad se ejercitará directamente contra el hijo si es mayor de edad; siendo menor ó estando sujeto á interdicción, será representado por un curador nombrado al efecto. En este juicio intervendrá siempre la madre.

Pruebas de la filiación legítima.—Nada hay que exponer respecto de esta materia; es idéntica á lo establecido por la ley francesa.

Filiación de los hijos nacidos fuera de matrimonio (capítulo III, sección 1.ª, artículos 179 al 193).—El hijo natural puede ser reconocido por sus padres, conjunta ó separadamente, verificándose el reconocimiento en el acta de nacimiento ó en documento público anterior ó posterior al mismo. El reconocimiento produce sólo efectos con relación al padre que lo efectúa, y puede ser impugnado por el hijo y por quien tenga interés en ello.

Reconocimiento.—No pueden ser reconocidos los hijos nacidos de personas una de las cuales estuviese casada con otra al tiempo de la concepción *(hijo adulterino)* ó de personas entre las que mediare parentesco ó afinidad hasta el infinito, en linea recta, y hasta el segundo en la colateral.

Entre el padre y el hijo naturales existe obligación recíproca de alimentos, y aun respecto de los descendientes legítimos del hijo natural premuerto, si no tienen cónyuges, ascendientes ó descendientes que puedan proporcionárselos. El padre ó madre que haya reconocido al hijo tendrá la tu-

tela legal del mismo. Si la hubieran verificado ambos, se preferirá al padre.

Investigación de la paternidad y de la maternidad.—No se admite la investigación de la paternidad más que en los mismos casos que cita el Código francés, es decir, en los de rapto ó violación, cuando la fecha de estos hechos coincida con la de la concepción. Se admite la investigación de la maternidad con los requisitos que marca el citado Código de Francia. En los casos en que el reconocimiento está prohibido, no podrá el hijo investigar la paternidad ni la maternidad, pero tendrá siempre acción para reclamar alimentos en los casos siguientes: si la paternidad ó maternidad se deducen de una sentencia civil ó criminal, depende de un matrimonio declarado nulo ó resulta de una declaración expresa hecha por los padres.

La demanda referente á la declaración de la paternidad ó de la maternidad puede ser impugnada por cualquier persona que tenga interés en ello, y la sentencia que la declare producirá los efectos del reconocimiento.

Legitimación.—La materia de la legitimación es bastante parecida á la que establece nuestro Código. No pueden ser legitimados más hijos que los que pueden ser reconocidos. La legitimación se verifica por subsiguiente matrimonio ó por decreto Real. Los hijos legitimados gozan de los mismos derechos que los legítimos desde la fecha de la celebración del matrimonio, y los beneficios de la legitimación de los hijos premuertos alcanzan á sus descendientes.

La legitimación por decreto ó concesión Real procede sólo en los casos que taxativamente fija nuestro Código en los artículos 126 y 127.

Se diferencia el Código italiano del nuestro en los efectos que concede el primero á la legitimación por concesión Real, pues le señala los mismos que á la realizada por subsiguiente matrimonio, si bien respecto sólo del padre que la haya solicitado.

DE LA ADOPCIÓN

Libro I.—Título VII.—Artículos 202 al 219.

Capítulo I: De la adopción y sus efectos (artículos 202 al 212).—Capítulo II: De las formas de la adopción (artículos 213 al 219).

Adopción. Requisitos de la misma.—Pueden adoptar todas las personas de uno y otro sexo que no tengan descendientes legítimos ni legitimados, que hayan cumplido cincuenta años y que excedan en diez y ocho al que deseen adoptar. Nadie podrá tener varios hijos adoptivos si no son adoptados en un mismo acto, y nadie podrá serlo por varias personas, á no ser por dos cónyuges.

Tampoco puede ser adoptado: el que no haya cumplido diez y ocho años; el pupilo por su tutor en tanto que no rinda cuentas de su administración; el hijo nacido fuera de matrimonio por sus mismos padres.

La adopción se llevará á efecto con el consentimiento del adoptante y del adoptado, y el del padre, la madre ó el cónyuge de alguno de ellos si vivieren, y en ciertos casos, si no vivieren, la aprobación del consejo de familia.

Efectos de la adopción.—El adoptado llevará el apellido del adoptante, teniendo también derecho á su herencia (que determinaremos en su lugar respectivo), sin que esto impida el que conserve sus derechos y deberes con relación á su familia natural. Por el contrario, la adopción no produce relación civil alguna entre el adoptante y la familia del adoptado y viceversa, excepto el originar un impedimento para el matrimonio.

La obligación de prestarse alimentos es recíproca entre el adoptante y el adoptado.

Formas de la adopción.—No nos ocupamos por la misma razón que indicamos en su equivalente del Código francés.

DE LA PATRIA POTESTAD

Libro I.—Título VIII.—Artículos 220 al 239.

Patria potestad.—El hijo está sometido á la patria potestad hasta su mayor edad ó emancipación; pero debe siempre honrar y respetar á sus padres. La patria potestad se ejerce durante el matrimonio por el padre, y en su defecto la madre, y disuelto, por el cónyuge sobreviviente.

Corrección de los hijos.—Este Código señala también medios para procurar la corrección del hijo culpable, recluyéndolo en los establecimientos destinados al efecto.

Efectos de la patria potestad con relación á los bienes de los hijos.—El padre es el representante legal de sus hijos y el administrador de sus bienes. No podrá enajenarlos ni hipotecarlos, ni contraer obligaciones que excedan de los límites de la simple obligación, sino en caso de necesidad y con autorización judicial.

Las herencias que alguna persona dejen á los hijos se aceptarán por el padre á beneficio de inventario, y si no pudiere ó no quisiere hacerlo se procederá de oficio á su aceptación, previo el nombramiento de un curador especial. Solamento el padre, el hijo ó sus herederos ó causahabientes podrán reclamar la nulidad de los actos realizados en oposición á los preceptos indicados.

El padre ó la madre que tenga la patria potestad gozan del usufructo de los bienes que el hijo adquiera por herencia ó cualquier título lucrativo durante la menor edad de aquél ó hasta su emancipación; pero no de los dejados al hijo bajo la condición de que el padre no los usufructúe, ó para una carrera, profesión ó arte, de los adquiridos por el hijo por herencia, donación ó legados aceptados en interés de éste contra el consentimiento del padre, ó en el servicio militar ó civil, ejercicio de un empleo, profesión, arte ó por su trabajo personal.

Inherentes al usufructo del padre son las cargas de manutención y educación del hijo, el pago de los intereses de los capitales desde que aquél comience y además las de todo usufructuario.

El usufructo legal cesa totalmente por fallecimiento del hijo, segundas nupcias del padre, y total ó parcialmente por abusar el padre de la patria potestad.

Madre viuda.—Si á la muerte del marido se encontrase en cinta la mujer, se nombrará curador al vientre, á instancia de parte interesada.

El padre puede por documento público ó en el testamento imponer á la madre supérstite condiciones para la educación de los hijos y para la administración de sus bienes. Si la madre no quiere aceptarlas, reclamará su dispensa convocando al consejo de familia, cuyo acuerdo se someterá á la aprobación del Tribunal. Si la madre viuda desea contraer nuevo matrimonio, convocará al consejo de familia, el cual acordará si debe continuar ó no administrando los bienes, é imponer las condiciones convenientes para la administración de los bienes y educación de los hijos. Si la madre no pide la convocatoria indicada pierde la administración, que podrá devolvérsela el consejo de familia. En este caso el marido será responsable solidariamente con la mujer de las resultas de la administración.

PORTUGAL

DE LA PATRIA POTESTAD

Parte primera.—Capítulo II.—Título IX. Artículos 101 al 136.

Sección 1.ª: De los hijos legítimos (artículos 101 al 113).—Sección 2.ª: De la prueba de la filiación legítima (artículos 114 al 118).—Sección 3.ª: De los hijos legitimados (artículos 119 al 121).—Sección 4.ª: De los hijos reconocidos (artículos 122 al 129). — Sección 5.ª: De la investigación de la paternidad ilegítima (artículos 130 al 133).—Sección 6.ª: De los hijos espúreos (artículos 134 al 136).

Hijos legítimos.—La doctrina del Código portugués sobre los hijos que se estiman legítimos es igual á la del nuestro, conteniendo también respecto del nacido dentro de los ciento ochenta días siguientes á la celebración del matrimonio preceptos muy parecidos á los del art. 110 del español.

La impotencia del marido anterior al matrimonio no cabe alegarla para impugnar la legitimidad del hijo; sí la posterior, siempre que no se funde en la vejez.

Impugnación de la legitimidad.—El padre y sus herederos pueden impugnar la legitimidad del hijo, en cuyo caso se le nombrará un tutor si es menor de edad. El plazo concedido al efecto por la ley á favor del primero es el de sesenta días, contados desde el nacimiento, si se encontrare en el lugar del mismo, y no encontrándose, dentro de los ciento veinte días siguientes á su regreso. Si se hubiere ocultado el nacimiento, el término será el de ciento veinte días, á contar desde que se descubra el fraude.

Los casos en que los herederos tienen derecho para tal impugnación son iguales á los comprendidos en los números 2.° y 3.° del art. 112 de nuestro Código, y otro más es el de que el marido hallándose presente hubiese dado comienzo á la acción y se hubiese apartado de ella. El tiempo

de duración de este derecho á favor de los herederos y las causas por que termina son iguales á las señaladas en el Código francés. También contiene el Código de Portugal doctrina equivalente á la del 118 del nuestro.

Pruebas de la filiación legítima.—Como pruebas de filiación se admiten las mismas que en casi todos los Códigos: acto de nacimiento, documento auténtico, sentencia firme, posesión constante de estado, testigos, ésta última con los requisitos que marca el art. 117 del Código vigente en nuestra patria. A la reivindicación de estado puede oponerse toda especie de prueba documental ó de testigos.

A semejanza de lo que establece el Código francés, dispone éste que nadie pueda reinvindicar un estado contrario al que resulte del acta del nacimiento si se halla confirmado por la posesión de estado legítimo, así como tampoco impugnar ese mismo estado.

Hijos legitimados.—No admite la legitimación más que por subsiguiente matrimonio, debiendo además, para que produzca los efectos legales, cumplirse uno de estos dos requisitos: que los hijos sean reconocidos por sus padres al registrar su matrimonio ó el nacimiento de los mismos hijos, ó en testamento ó escrituras anteriores ó posteriores al matrimonio; que los hijos prueben su filiación por sentencia.

La legitimación surte sus efectos desde la fecha del casamiento y respecto, no sólo de los hijos, sino también de sus descendientes si aquéllos no existieren. Puede ser impugnada por los que se crean perjudicados por ella.

Hijos reconocidos.— Pueden ser reconocidos todos los hijos ilegítimos menos los adulterinos é incestuosos (los nacidos de parientes en cualquier grado en línea recta, consanguínea ó afín en la colateral consanguínea hasta el veinte grado).

Contiene este Código un precepto semejante al del 130 del nuestro, si bien exige que el que reconoce al hijo tenga capacidad para casarse en los ciento veinte días de los tres-

cientos que hayan precedido al nacimiento. Cuando verifique el reconocimiento uno solo de los cónyuges no puede expresar ninguna circunstancia por la que sea reconocida la persona con la que hubiere tenido el hijo.

El mayor de edad no podrá ser reconocido sin su consentimiento; el menor puede impugnar el reconocimiento.

Derechos del hijo natural reconocido.—Son los mismos que determina el art. 134 de nuestro Código.

Investigación de la paternidad y de la maternidad.—Se admite en los dos casos del art. 135 del Código español y en el de estupro ó rapto si coincide la época del nacimiento con la del hecho criminal.

Se permite también la de la maternidad (excepto en los casos en que está prohibido el reconocimiento), pero el hijo debe probar, por cualquiera de los medios legales, que es el mismo que se dice nacido de la presunta madre.

El reconocimiento podrá reclamarse en vida de los padres en casos iguales á los del art. 137 del Código español.

Hijos espúreos ó ilegítimos. Sus derechos.—El Código emplea la denominación de hijos espúreos en vez de la de ilegítimos, comprendiendo bajo ese nombre á todos los que no pueden ser reconocidos.

El derecho á reclamar alimentos que estos hijos tienen, y los casos en que pueden ejercitarlo, son los mismos que determina el Código en sus artículos 139, 140 y 141.

DE LOS ALIMENTOS

Parte primera.—Capítulo II.—Sección XI. Artículos 171 al 184.

Concepto de los alimentos.—Es análogo al definido por el Código de España.

Personas obligadas á procurarlos.—La obligación de prestarlos es recíproca entre ascendientes y descendientes y

hermanos en estos términos: en defecto de los padres, los hijos legítimos y legitimados pueden pedirlos á los ascendientes más próximos de cualquiera de las líneas, conforme al orden de sucesión, y á falta de éstos á sus hermanos legítimos, uterinos ó consanguíneos. Si no tienen ningún pariente de los acabados de indicar, serán alimentados hasta los diez años por cualquiera otro dentro del décimo grado, en cuya obligación precederán los más próximos á los más remotos.

Los hijos reconocidos sólo pueden pedirlos al padre, madre ó hermanos.

La obligación de prestar alimentos es transmisible por herencia cuando se hubiera concedido judicialmente.

Cuantía de los alimentos y modos de satisfacerlos.—Será proporcionada al caudal, medios del que los da y á las necesidades del alimentado, reduciéndose ó aumentándose en relación con la disminución ó aumento de la fortuna del primero y con el aumento ó disminución de las necesidades del segundo.

Si el obligado á prestar alimentos justifica que no puede prestarlos como pensión sino solamente en su domicilio, se acordará en esta forma, y lo mismo si el alimentado se ausentase sin justa causa de la casa y compañía del que le suministre los alimentos. Los consistentes en cuota fija ó prestaciones periódicas se pagarán al principio de los respectivos vencimientos.

Término de la obligación de prestar alimentos.—Cesa por las dos causas expresadas en los números 2.° y 4.° del artículo 152 de nuestro Código, y además, por otra análoga al 3.° del mismo artículo, ó sea cuando la necesidad de los alimentos proceda de la conducta reprensible del que los percibe.

Parte primera.—Título IX.—Capítulo II. Artículos 137 al 170.

Sección 7.ª: Del poder paterno dentro del matrimonio (artículos 137 al 154).—Sección 8.ª: De la patria potestad disuelto el matrimonio (artículos 155 al 165).—Sección 9.ª: De la patria potestad con relación á los hijos ilegítimos (artículos 166 y 167).—Sección 10: De la suspensión y término de la patria potestad (artículos 168 al 170).

Comienza el Código portugués manifestando en esta parte que el padre es á quien especialmente corresponde, durante el matrimonio, dirigir, representar y defender á sus hijos menores, así como alimentarlos, si bien las madres participan también del poder paterno ó patria potestad y deben ser oídas en todo lo que se refiera á los intereses de los hijos. En caso de ausencia ú otro impedimento del padre, la madre asume todas las facultades de éste.

El poder de los padres sobre los hijos menores es ilimitado, pero en caso de abuso pueden ser castigados á instancia de pariente interesado ó del Ministerio público, conforme á la ley general, é inhabilitados para regir la persona y bienes de sus hijos, en cuyo caso (el de la inhabilitación) el consejo de familia nombrará un tutor al hijo.

Corrección.—Los padres tienen á su vez facultad para corregir á sus hijos en forma equivalente á la señalada en el artículo 156 de nuestro Código y con la obligación del 158.

Efectos de la patria potestad con relación á los bienes de los hijos.—Pertenece á los padres la propiedad y el usufructo de los bienes que los hijos adquieran estando en su compañía con capital de aquéllos, salvo si les cediesen alguna parte de las ganancias ó todas ellas, y sólo el usufructo de los adquiridos, estando también en su compañía, con su trabajo, industria ó recursos propios. No tienen ni el usufructo ni la administración de los bienes que los hijos adquieran con su trabajo ó industria, cuando vivan indepen-

dientes ó en el ejercicio de las artes liberales, vivan ó no con sus padres, ó de los que fueren dados á los hijos con expresa condición de que el padre no los administre.

No pueden los padres enajenar ni gravar los bienes á no ser por utilidad de los menores y con autorización judicial, y si durante el ejercicio de la patria potestad recayeren en favor de los hijos algunos bienes mobiliarios de importancia, prestarán fianza, y si no pudieren, se depositarán dichos valores, se convertirán en otros ó se colocarán productivamente.

Las obligaciones del padre son, á más de las del usufructuario, menos la fianza, á no ser que contraiga segundas nupcias, la educación y alimento de los hijos, el pago de lo que adeudaren los bienes usufructuados y la de rendir cuentas de su gestión cada cuatro años, si fuese administrador. Siempre que exista oposición entre los intereses de los padres y del hijo, se le nombrará un tutor.

El derecho de usufructo concedido á los padres se extingue: 1.°, por la emancipación ó mayor de edad; 2.°, por pena impuesta á los padres que lleve la de interdicción civil; 3.°, por contraer la madre segundas nupcias; 4.°, por no formar el cónyuge sobreviviente el oportuno inventario dentro de los sesenta días siguientes al fallecimiento del otro; 5.°, por renuncia.

Patria potestad disuelto el matrimonio.—El cónyuge supérstite continuará ejerciendo las funciones que lleva consigo la patria potestad y disfrutando el usufructo de los bienes del hijo, que sólo perderá por el motivo indicado en el número 4.° del párrafo anterior.

A la muerte del marido, la mujer que quedase embarazada dará conocimiento de su estado dentro de los veinte días al Juez que sea competente, para que éste nombre curador al vientre, el cual se hará cargo de los bienes del póstumo, y promoverá la formación del inventario. Esta curatela durará sólo el tiempo de la gestación; el padre que al

tiempo de su fallecimiento no estuviere privado de la patria potestad puede nombrar en su testamento uno ó varios asesores que dirijan y aconsejen á la madre viuda, pudiendo sólo ser nombrados los que tengan capacidad para tutores.

La madre que en perjuicio de sus hijos no siguiese el parecer del consejero designado por el padre, ó abusare de su autoridad materna, podrá, á instancia del asesor ó de cualquier pariente de los hijos, y por acuerdo del consejo de familia, ser privada de la dirección de la persona y bienes de los hijos, designándose en este caso por dicho consejo un nuevo tutor á los hijos.

La madre que contraiga segundas nupcias pierde el usufructo y la administración de los bienes de sus hijos, á no ser que el consejo de familia se la reserve especialmente, pero no la patria potestad; pero deberá prestar la fianza que dicho consejo considere necesaria si no la dispensare de ello, y respondiendo el marido solidariamente con su mujer de los perjuicios que aquella gestión ocasionare. Si la madre viuda casada en segundas nupcias vuelve á enviudar recobrará de nuevo la patria potestad.

Patria potestad con relación á los hijos ilegítimos.—Los menores prohijados estarán sujetos al poder paterno en la misma forma que los legítimos, excepto en el caso en que el reconocimiento de la paternidad se hubiese efectuado judicialmente por haberla negado los padres. Éstos no gozarán en todo caso del usufructo de los bienes de los hijos reconocidos.

Los hijos menores no reconocidos no están sujetos á la patria potestad, debiendo sólo nombrárseles tutor.

Suspensión y término de la patria potestad.—Distingue este Código, como hacen otros, la suspensión y el término de la patria potestad, declarando que se suspende y termina por las causas señaladas en el art. 170 é incisos 1.° y 3.° del artículo 167 de nuestro Código y por haber sido condenados

los padres en causa criminal seguida contra los mismos á la interdicción perpetua de la patria potestad.

El Código portugués no contiene precepto alguno relativo á la adopción.

DE LA AUSENCIA

Parte primera.—Título VIII.—Artículos 55 al 96.

Capítulo I: De la curaduría provisional de los bienes del ausente (artículos 55 al 63).—Capítulo II: De la curaduría definitiva del ausente soltero.—Sección 1.ª: De la constitución de la curaduría definitiva y de sus efectos (artículos 64 al 68).—Sección 2.ª: Del inventario y de la fianza de los bienes del ausente (artículos 69 y 70).—Sección 3.ª: De los derechos y obligaciones de los curadores definitivos y demás interesados (artículos 71 al 77).—Sección 4.ª: Del término de la curaduría definitiva (artículos 78 al 81).—Capítulo III: De la administración de los bienes del ausente casado.—Sección 1.ª: De la administración de los bienes del ausente casado que no tenga hijos (artículos 82 al 89).—Sección 2.ª: De la administración de los bienes del ausente que tuviere hijos (artículos 90 al 93).—Sección 3.ª: De la ausencia simultánea y sucesiva (artículos 94 al 96).

Curaduría provisional de los bienes del ausente.—Si desapareciese cualquier persona del lugar de su domicilio ó residencia sin haber dejado procurador ó quien legalmente administre sus bienes y no se tengan noticias suyas, el Juez competente, á instancia de parte interesada ó del Ministerio público, nombrará un curador, prefiriendo á los herederos presuntos, el cual recibirá por inventario los bienes del ausente y prestará fianza análoga al valor de los bienes muebles y á la renta líquida anual de los inmuebles. Si no pudiere prestar la fianza, mandará el Juez que se depositen los valores muebles de conservación útil, vendiendo los demás para emplear su importe en valores productivos.

Facultades del curador provisional.—Se limitan á los actos de mera administración, de la que rendirá cuentas cada año, pero deberá ejercitar las acciones que no puedan retardarse sin perjuicio del ausente, y representar á éste en

las acciones que contra el mismo se formulen. A más de esto, el Ministerio público velará por los intereses del ausente y será siempre oído en los actos judiciales que á aquél se refieran.

Causas por las que termina las curaduría provisional.—El Código portugués señala las siguientes: la vuelta del ausente ó la certeza de su existencia; la comparecencia de procurador con poder bastante ó de persona que represente al ausente; certeza de la muerte de éste y constitución de la curaduría definitiva.

Curaduría definitiva del ausente, su constitución y efectos.—Transcurridos cuatro años desde el día en que hubiera desaparecido el ausente sin tener noticias suyas, ó desde la fecha de las últimas, las personas que se presuman herederos suyos, legítimos ó testamentarios, podrán, una vez justificada la ausencia con citación del Ministerio público, reclamar la entrega de los bienes del ausente. Sin embargo, si éste hubiera dejado poder bastante, únicamente se ejercitará la reclamación si han pasado diez años desde la desaparición ó últimas noticias, aunque pasados tres años los herederos tienen derecho para pedir que el procurador preste fianza si existe sospecha fundada de insolvencia.

Antes de pronunciarse la sentencia de ausencia definitiva se llamará al ausente por edictos con seis meses de anticipación, no pudiendo darse cumplimiento al fallo sin que se publique éste durante cuatro meses.

Si el ausente hubiere dejado testamento cerrado, el Juez, antes de dictar la sentencia, procederá á su apertura.

Constituída la curaduría definitiva, todos los que por muerte del ausente tuvieren derecho fundado á alguna parte de los bienes del mismo podrán reclamar su entrega.

Inventario y fianza de los bienes del ausente.—La entrega sólo podrá hacerse á los herederos y demás interesados mediante inventario y fianza, y si no la prestaren continuará la administración de los bienes del ausente, si

bien pueden reclamar, justificando su falta de medios, adjudicación de la mitad de las rentas á que tendrían derecho si estuviesen á su cargo los bienes indicados.

Derechos de los curadores definitivos y demás interesados.—Exigir la entrega de los bienes y ejercitar todos los derechos que pertenezcan al ausente hasta el día que desapareció ó hasta aquel en que se recibieron sus últimas noticias; reclamar la formación del inventario, de los bienes que eventualmente sobrevengan á favor del ausente desde su desaparición ó últimas noticias, y aquellos que los retengan y arrienden presten fianza bastante por espacio de diez años, contados desde el momento en que los bienes indicados entren en su poder; pedir cuenta á los curadores provisionales, no siendo ellos mismos, y si no las presentasen, recibir los frutos y rentas que quedaren de la anterior administración; entablar las acciones correspondientes como legítimos herederos del ausente, enajenar bienes inmuebles, pero sólo para pago de deudas del ausente, evitar el deterioro ó ruina de alguna propiedad, importe de mejoras necesarias ó útiles ó cualquiera otra necesidad urgente. En estos casos, la reventa se hará con autorización judicial en pública subasta y con asistencia del Ministerio público.

No tienen obligación de rendir cuentas de su administración, excepto al ausente ó á sus herederos. Tampoco tienen facultad para transigir sin autorización judicial, ni repudiar herencias á que el ausente tuviera derecho antes de su desaparición ó de la fecha de las últimas noticias, debiendo aceptarlas á beneficio de inventario.

Término de la curaduría definitiva.—Concluye ésta: por vuelta del ausente; por la noticia de su existencia; por la certidumbre de su muerte; por el lapso de veinte años, y por llegar el ausente á los noventa y cinco años.

Administración de los bienes del ausente casado y sin hijos.—Si el ausente estuviere casado se procederá, con citación de los herederos presuntos, al inventario y partición ó

á la separación de bienes con arreglo á las condiciones del contrato matrimonial. Si el ausente no dejare hijos, el cónyuge presente conservará la administración de los bienes de la sociedad conyugal por espacio de veinte años, contados desde la desaparición ó las últimas noticias del ausente, ó durante los que falten para que éste cumpla noventa y cinco años. Regresando pasado este plazo, recobrará los bienes existentes en el estado en que se hallasen, ó aquellos con los que se hubieran permutado ó el precio de los vendidos.

El cónyuge presente puede disponer libremente de sus bienes una vez hecho el inventario, partición y separación de aquéllos, teniendo respecto de los bienes del ausente los mismos derechos y obligaciones de los curadores definitivos, haciendo suyos todos los frutos y rentas.

Si el cónyuge ausente regresare antes de cumplir noventa y cinco años continuará la sociedad conyugal en los términos en que estuviere constituída; en otro caso, ó pasados veinte años, ó adquirida la certeza de la muerte del ausente, pueden los herederos habilitados hacerse cargo de los bienes de aquél y disponer de ellos libremente. Si antes de ocurrir alguno de estos casos falleciere el cónyuge presente, los bienes del ausente se entregarán en la misma forma á sus herederos.

Administración de los bienes del ausente con sus hijos.— Si el ausente hubiese dejado consorte é hijos de ambos, se procederá al inventario de los bienes y á su partición en la forma indicada, adjudicando á los hijos los que correspondieren al ausente, Cuando los hijos sean mayores de edad ó emancipados podrán hacerse cargo de los bienes como administradores, pero sin poder enajenarlos hasta que transcurran diez años desde la desaparición ó últimas noticias del ausente, excepto en los casos en que también se permite á los curadores definitivos. Siendo menores, se observan los preceptos relativos á la patria potestad.

Son aplicables estas disposiciones á los demás hijos que el ausente hubiera dejado con derecho á sucederle.

GUATEMALA

DE LA PATERNIDAD Y FILIACIÓN

Libro I.—Título V.—Artículos 200 al 257.

Hijos legítimos.—Se presumen legítimos: 1.° Los nacidos después de los ciento ochenta días de celebrado el matrimonio. 2.° Los nacidos dentro de los trescientos siguientes á la disolución del mismo, ya provenga ésta de su nulidad ó de la muerte del marido. 3.° Los hijos de cónyuges divorciados que nazcan dentro de los trescientos días siguientes al de su separación.

Las presunciones de los dos últimos casos cesan si por las condiciones fisiológicas ó patológicas de la madre, el hijo pudo nacer después de los trescientos días.

Contra esta presunción no se admite otra prueba que la imposibilidad del marido para tener acceso con su mujer en los primeros ciento veinte días de los trescientos anteriores al nacimiento del hijo.

Impugnación de la legitimidad.—El marido no puede desconocer su legitimidad aun alegando adulterio de la madre y confirmándolo ésta, á no haber ocultado el nacimiento ó en caso de ausencia del marido de más de diez meses. Viviendo el marido nadie puede reclamar contra la legitimidad del concebido ó nacido sino el marido mismo. Si éste fuere menor de veinticinco años, para entablar esta acción necesita la asistencia de tutor. Si fuere demente ó imbécil, puede entablarla el guardador. Si éste no lo hiciere, puede entablarla el marido al llegar á la mayor edad ó recobrar su conocimiento, pero dentro del término de sesenta días. El mismo plazo tendrá en caso de ausencia ó después del descubrimiento del fraude. Si hubiere muerto sin impugnar su filiación, pero sin espirar el mencionado plazo, sus herede-

ros podrán verificar la reclamación, para lo cual lo han de hacer dentro de los dos meses desde que el hijo tomó posesión de la herencia hasta que éstos fueron citados para su partición.

La posesión extrajudicial no les perjudica. El marido que no pidiere la nulidad fundándose en su impotencia, no puede desconocer la legitimidad del hijo, salvo que probase que la tal impotencia sobrevino después del matrimonio y antes de los trescientos días del nacimiento.

El marido no puede negar la legitimidad del nacido antes de tiempo: 1.° Si antes del matrimonio tuvo conocimiento de la preñez. 2.° Si firma ó hizo firmar la partida de nacimiento en el Registro civil.

Divorcio.—El hijo concebido durante el divorcio no tiene derecho á que se le reconozca, á no probarse que el marido tuvo acceso carnal con la mujer. La mujer divorciada, separada ó pendiente de divorcio, denunciará al marido ó á la autoridad judicial el estado de su preñez dentro de los cuatro meses de su separación. Lo mismo hará la que se encuentre en ese estado durante la decisión del divorcio. El retardo será justificable si el Juez, con conocimiento de causa, lo dictara así. El marido podrá enviar una mujer que sirva de guarda, á más de una *matrona* que inspeccione el parto, salvo oposición justificada ante el Juez: esta guarda é inspección será á costa del marido, á no ser que obrare la mujer de mala fe ó fuere el hijo adulterino, en cuyo caso ésta indemnizará á su marido. También tiene derecho el marido á colocar á la mujer en casa de familia honrada, debiendo trasladarse á ella, á no ser que por razones atendibles el Juez disponga otra cosa. Si ésta no lo hiciese así ó eludiese la vigilancia, no estará obligado el marido á reconocer el hecho, á no probarse inequívocamente en juicio contradictorio por la mujer ó su hijo. Si el marido no usase de su derecho, estará obligado á aceptar la declaración de la mujer acerca del hecho y circunstancias del parto. Aun to-

madas las anteriores precauciones, queda á salvo su derecho para no reconocer al hijo como suyo, siempre que demuestre no serlo, provocando el juicio de ilegitimidad. No haciéndose las denuncias mencionadas al marido, se harán á sus consanguíneos, siendo preferidos los ascendientes, que podrán tomar las medidas que en otro caso hubiera tomado el marido.

Prueba de la filiación legítima.—Este Código no cita otra más que la certificación del Registro civil.

No es valedera en juicio la negativa extrajudicial de legitimidad si no se reclamó contra ella en forma. Sobre filiación legítima, no cabe transacción ni compromiso en árbitros. Puede haber una ú otro sobre los derechos pecuniarios que de la filiación puedan deducirse, sin que las concesiones que se hagan importen al estado de legítimo.

La acción que compete al hijo para reclamar su filiación es imprescriptible. No pasa á sus herederos sino en estos casos: 1.° Si muere antes de los veintiún años sin interponer demanda. 2.° Si no se apartó ni desistió del juicio comenzado.

Hijos ilegítimos.—Son ilegítimos los que no nacen de matrimonio ni están legitimados. El reconocimiento de los ilegítimos se hará por el padre: 1.° En el Registro civil. 2.° En escritura pública. 3.° En testamento. El reconocimiento hecho por el padre sin consentimiento de la madre no surte efectos más que respecto á él. Todo reconocimiento de filiación ilegítima podrá ser impugnado por el padre ó madre que no haya intervenido ó por el mismo hijo.

Investigación de la paternidad.—Se prohibe toda indagación si se trata de derechos que los ilegítimos tienen respecto de la madre ó de los parientes de ésta.

Derechos de los hijos ilegítimos.—Los ilegítimos, aun no estando reconocidos por el padre, tienen respecto á su madre los mismos derechos que da el reconocimiento, sin que ella necesite hacerlo expresamente. La sentencia que declare su

filiación produce todos los efectos del reconocimiento. Se necesita el reconocimiento expreso de su madre cuando haya estado ignorada ó desconocida con anterioridad.

Deberes entre padres é hijos.—Los padres están obligados: 1.° Á educar los legítimos é ilegítimos reconocidos. 2.° Á instituirles herederos. 3.° Á darles alimentos. Los hijos deben respeto y obediencia á sus padres, así como mantenerles, sean legítimos ó ilegítimos reconocidos, asistirles en su vejez y enfermedades, no estando exentos de estos deberes por la emancipación.

Alimentos.—Los alimentos se prestarán por este orden: al padre, la madre, ascendientes paternos y maternos, descendientes llamados á sucederles. Entre los ascendientes y descendientes legítimos é ilegítimos reconocidos pasa la obligación por causa de pobreza del obligado á darlos al que le sigue en el orden prefijado. En los casos que los padres no hagan suyos los frutos de los bienes del menor se aplicará la parte de éstos á lo que sea suficiente para alimentos y educación. Si no bastare, los padres satisfarán lo que falte, siendo esto extensivo á los casos que el hijo tenga trabajo, industria ó sueldo. Esta obligación se extiende á los abuelos y demás ascendientes; sin embargo, respecto á los ilegítimos esta obligación sólo pasa en caso de que hayan muerto sus padres, así como la del hijo no pasa á los nietos, sino después de fallecido. El derecho de alimentos es inherente, intrasmisible é irrenunciable, pero los bienes adquiridos por alimentos pueden transmitirse, renunciarse ó compensarse. Los alimentos se regulan por el Juez, atendiendo la necesidad y circunstancias del que los pide, en consonancia con su fortuna y á las obligaciones que se halle sujeto. El obligado á darlos cumple con entregar la pensión. Si el Juez cree provechoso para el hijo que reciba los alimentos en la casa del padre, á instancia de éste, puede declararlo. Durante los tres primeros años no está el padre obligado á tenerlo en su casa. Si el que da los alimentos empeora de

fortuna, puede pedir la reducción ó la exención de esta obligación. Si el alimentado mejora de fortuna, puede el que los presta pedir que cese dicha obligación, así como también si éste mejorase de posición puede el alimentado pedir aumento de pensión.

Pérdida de derecho de alimentos.—Puédense negar los alimentos á los descendientes: 1.° Por atentar á la vida del ascendiente. 2.° Por causarle con malicia una pérdida en sus bienes. 3.° Por acusarle de algún delito, excepto en causa propia ó la de sus hijos. 5.° Abandonar al ascendiente enfermo ó loco. 6.° Tener acceso carnal con la mujer del ascendiente. Por las mismas causas los descendientes pueden negarse á dar alimentos á los ascendientes.

Tampoco los descendientes pueden exigirlos: 1.° Cuando han cumplido veintiún años, á no estar impedidos. 2.° Cuando se les ha asegurado la subsistencia. 3.° Cuando tienen profesión, arte ú oficio. No puede oponer el que deba los alimentos la excepción de compensación por lo que á él le deba el demandante.

DE LA LEGITIMACIÓN

Libro I.—Título VI.—Artículos 258 al 266.

Medios de legitimación.—El único medio de legitimación admitido es por el subsiguiente matrimonio, produciendo efectos aunque entre él y el nacimiento de los hijos haya habido otro matrimonio. Una vez celebrado, legitima á los hijos, aun siendo declarado nulo, si uno de los cónyuges ha tenido buena fe. Para que surta efectos, los padres deben hacer el reconocimiento antes de la celebración del matrimonio ó en el acto del mismo. Si el reconocimiento se verificó por el padre antes del matrimonio, si consta en el Registro el nombre de la madre, no es necesaria la legitimación expresa. Los hijos legitimados gozan de los mismos de-

rechos que los legítimos, adquiriéndolos desde la fecha del matrimonio, aun siendo posterior el reconocimiento. Pueden ser legitimados los hijos fallecidos á la celebración del matrimonio que hayan dejado descendientes. También lo pueden ser los no nacidos, si el padre reconoce al casarse al hijo de que la mujer estuviere en cinta. La legitimación del hijo aprovecha á los descendientes.

DE LA ADOPCIÓN

Libro I.—Título VII.—Artículos 267 al 284.

Adopción. Sus requisitos.—Adopción ó prohijamiento es el acto de tomar por hijo al que no lo es del adoptante. La adopción se hace ante el Juez de primera instancia del domicilio. No sirve de causa de impugnación la filiación del adoptado.

Para adoptar se requiere: que sea mayor de treinta años: que lleve al adoptado por lo menos quince años: que no tenga hijos legítimos ni ilegítimos reconocidos: que si es casado el adoptante, concurra el otro cónyuge, á no estar separados legalmente: que consientan los padres del adoptado, si éste es menor: que preste su consentimiento el tutor del adoptado. El tutor no puede adoptar al pupilo sino después de aprobadas las cuentas. Nadie puede serlo por más de una persona, á no ser por dos cónyuges. El simple consentimiento de un cónyuge no constituye al otro en adoptante.

Efectos de la adopción.—La adopción confiere el apellido del adoptante, después del suyo propio, al adoptado. Los hijos legítimos ó ilegítimos habidos después de ésta, no interrumpen sus efectos ni los modifican en cuanto á la capacidad hereditaria; no existiendo descendientes, el adoptado será heredero forzoso del adoptante.

El adoptado conserva los derechos de la familia natural;

pero si muere sin descendencia legítima, vuelven al adoptante los bienes que de éste procedieren. El adoptado no tiene derecho á los bienes de los parientes del adoptante. Se devolverá á la familia del adoptante premuerto la herencia que de él adquiere el adoptado si fallece sin hijos legítimos ni descendientes. Los hijos del adoptado, muertos antes que el adoptante, no son herederos de éste. El hijo menor de edad á la muerte del adoptante vuelve al poder de sus padres naturales.

La adopción no es revocable sin causa. Son causas las prefijadas para la desheredación. Si el adoptado negare la certeza de dichas causas, no valdrá, excepto si se prueba judicialmente. El adoptante está obligado á alimentar al adoptado, siendo recíproca esta obligación.

DE LA PATRIA POTESTAD

Libro I.—Título VIII.—Artículos 285 al 297.

Patria potestad.—Es la autoridad del padre sobre la persona y bienes de sus hijos, reconocida por la ley. Los legítimos, legitimados y reconocidos están bajo la potestad del padre y, en su defecto, de la madre.

Derechos de la patria potestad.—Estos derechos, que en caso de inhabilitación ó ausencia del padre ejerce la madre, son los siguientes: sujetar y corregir inveteradamente á los hijos; mantenerlos y recogerlos de donde estuvieren; exigir el auxilio de la autoridad para que este derecho no resulte ilusorio; administrar sus bienes; hacer suyos los frutos, sin que se extienda este usufructo á lo que el hijo adquiera por su trabajo, profesión, industria ó cargo público. En ningún caso pueden obligar á los hijos á casarse contra su voluntad.

Corrección.—El padre tiene también derecho para solicitar del Jefe del departamento la *detención* del hijo por un

mes. Si fuere mayor de veintiséis años ó ejerciere empleo ó profesión, el Jefe del departamento fundará los motivos de la solicitud, siendo este requisito también aplicable al caso de haber contraído el padre ulterior matrimonio y el hijo sea habido del anterior. En ausencia ó inhabilitación del padre, pasan estos derechos á la madre. En ningún caso podrán los padres obligar á casarse á los hijos contra su voluntad.

Término de la patria potestad.—Concluye ésta: por muerte; por exposición del hijo; por emancipación; por cumplir el hijo veintiún años, excepto los incapaces, que aun cumplida esta edad continúan sujetos á este poder. Los empleados públicos, menores de edad, son considerados mayores en lo relativo á sus empleos. Se pierde asimismo: por prostituir á las hijas; por crueldad del padre; por la pena que lleve esta accesoria. Si dilapida los bienes de los hijos, piérdese la administración y los frutos. El padre no puede hacer donación de parte alguna de los bienes del hijo, sino con las limitaciones impuestas á los tutores.

DE LOS AUSENTES

Libro I.—Título III, párrafo 3.°—Artículos 84 al 113.

Ausentes.—Se llama así al individuo cuyo paradero se ignora ó se halla fuera de la República.

Administración de los bienes del ausente.—Si el ausente no dispuso nada sobre el particular, se encargarán de la administración de sus bienes: 1.° Su cónyuge. 2.° Sus hijos. Si no los tuviere se le nombrará por el Juez, comprobada la ausencia, un tutor ó guardador.

Pueden pedir guardadores para los bienes del ausente: 1.° Los que tengan derecho á ellos. 2.° El Ministerio fiscal. 3.° Cualquiera del pueblo. El guardador practicará inventario, y prestará fianza ó hipoteca, antes de encargarse de los bienes. Sus facultades son pura y simplemente de adminis-

tración. Los productos de lo que se enajene se colocarán á interés.

Término del cargo de guardador.—Termina este cargo: 1.° Si vuelve el ausente ó nombra apoderado. 2.° Cuando se dé la posesión á sus herederos. 3.° Si renuncia ó es removido.

Defensor del ausente.—A todo ausente que no tenga parientes se le nombrará defensor por el Juez si tiene que hacer valer algo en juicio, cesando desde que termine el asunto ó se le provea de guardador.

Posesión temporal de los bienes. Posesión definitiva.—Si durante cinco años no se tiene noticia alguna del ausente, sus herederos pueden pedir posesión provisional de los bienes, haciéndose partición de los de la sociedad conyugal. Si esta posesión se concede, estará obligado el heredero á constituir fianza por su valor, pudiendo enajenar si media necedidad y utilidad, haciendo suyos la mitad de los frutos y reservando la otra para el dueño de los bienes. Si hubiere prueba de la muerte, ó transcurre el tiempo para que el ausente cumpla setenta años, se podrá pedir la posesión definitiva. Obtenida ésta, entran en la masa común los bienes reservados. La mujer del ausente tiene la patria potestad sobre los hijos de ambos. Si el ausente dejare menores de matrimonio anterior se les nombrará tutor; pero de los bienes se encargará su cónyuge.

Todo el que administre bienes deberá proveer de alimentos á los que tengan derecho de recibirlos. Si no hubiere cónyuge, se nombrará un tutor para los hijos y bienes del ausente. Todos los que tengan derecho efectivo en los bienes lo podrán hacer valer contra el heredero, confiriéndose la herencia á los que resulten herederos, encontrado nuevo testamento, sin que lo impida la posesión dada anteriormente. Cesará la posesión si se tienen noticias del ausente, ó éste pareciese, quedando el heredero sujeto á las obligaciones del guardador. El ausente, mientras vive, conserva la posesión de los bienes bajo el amparo de la ley, repután-

dosele vivo mientras no se dé á su heredero posesión definitiva, estando obligados el guardador ó poseedor á dar fianza de devolver los bienes si no prueban dentro de cuatro años que el ausente vivía al tiempo de la adquisición.

MÉJICO

DE LA PATERNIDAD Y FILIACIÓN

Libro I. — Título VI. — Artículos 314 al 387.

Capítulo I: De los hijos legítimos (artículos 314 al 331).—Capítulo II: De las pruebas de la filiación de los hijos legítimos (artículos 332 al 351).—Capítulo III: De la legitimación (artículos 352 al 362).—Capítulo IV: Del reconocimiento de los hijos naturales (artículos 363 al 387).

Hijos legítimos.—Las disposiciones relativas á los hijos que se presumen legítimos y la única prueba contra esta presunción son iguales á las del art. 108 de nuestro Código, y lo mismo sucede con las del 111.

Impugnación de la legitimidad.—El adulterio de la madre no sirve como base del desconocimiento de la legitimidad del hijo aun con la afirmación de aquélla, á no ser que se haya ocultado el nacimiento. Tampoco puede el marido desconocer la legitimidad del nacido dentro de los ciento ochenta días siguientes á la celebración del matrimonio, á no ser en los casos que establecen los Códigos francés é italiano, con la diferencia (loable por nuestra parte) de que en el caso de haber sabido el embarazo de la mujer tiene que haber un principio de prueba por escrito.

El término para contradecir la legitimidad del hijo será el de dos meses desde el nacimiento si estaba presente; desde el día en que llegue al lugar de éste si estaba ausente; desde el día en que se descubra el fraude si se le ocultó; y desde el día en que legalmente se declare haber cesado el

impedimento si está bajo tutela por demencia, imbecilidad, etcétera, si el tutor no ejerciere antes la acción.

Los herederos del marido podrán impugnar la legitimidad en los mismos casos que éste cuando hubiere muerto sin recobrar la razón, ó en el término de dos meses desde aquél en que el hijo haya sido puesto en posesión de los bienes del marido, ó desde que los herederos sean perturbados en la posesión de la herencia.

En el juicio serán oídos la madre y el hijo, á quien se nombrará tutor si es menor, no pudiendo entablarse demanda de legitimidad si no es nacido ó viable (tener figura humana y vivir veinticuatro horas) y se inscribe su nacimiento en el Registro. Sobre la filiación legítima no cabe transacción ni compromiso, pero si sobre los derechos materiales ó pecuniarios que de la misma pudieran deducirse.

Filiación del hijo nacido dentro de un segundo matrimonio.—Contiene este Código algunas disposiciones sobre el particular, y son las siguientes: se presume que es hijo del primer marido si nace dentro de los ciento ochenta días siguientes á la muerte de éste, y del segundo si nace después de los doscientos desde la celebración del matrimonio.

Pruebas de la filiación de los hijos legítimos.—En primer término, la partida de nacimiento y en su defecto la posesión constante de estado legítimo, si concurre además en este caso alguna de las circunstancias siguientes: que el hijo haya usado constantemente el apellido de su pretendido padre con la aprobación de éste y le haya tratado como hijo legítimo, proveyendo á su subsistencia y educación.

Esta posesión no puede adquirirse sino con arreglo á las prescripciones del párrafo anterior ó por sentencia ejecutoria recaída en juicio ordinario. Su pérdida tampoco puede tener lugar más que por este último medio. La prueba de la filiación no basta por sí sola para justificar la legitimidad; ésta se rige además por las reglas del matrimonio y las establecidas en el capítulo de los hijos legítimos.

Cuando el hijo no esté en posesión de la filiación legítima deberá acreditar el matrimonio de la madre con la persona de quien pretenda ser hijo legítimo, el nacimiento durante el término del matrimonio dentro de los trescientos días siguientes á su disolución y la identidad personal con el hijo nacido del matrimonio de que se trata.

A falta de estos medios puede acreditarse la filiación por todas las clases de pruebas admitidas en derecho.

Inpugnación de la legitimidad.—La prueba contraria á la filiación puede hacerse por cualquiera de los medios antes indicados.

La acción del hijo para reclamar su estado es imprescriptible á favor de él y sus descendientes legítimos. Los demás herederos podrán intentar esta acción en estos casos: si el hijo ha muerto antes de cumplir veinticinco años; si cayó en demencia antes de cumplir tal edad y murió en ella. Podrán continuar la acción intentada por el hijo á no ser que éste hubiere desistido de ella ó no hubiese cursado la instancia del juicio desde la última diligencia, y también contestar las demandas en las que se dispute al hijo la condición de legítimo. Los acreedores, legatarios y donatarios tendrán estos mismos derechos si el hijo no dejó bienes suficientes para pagarlos.

Las acciones de que se habla en el párrafo anterior prescriben á los cuatro años, contados desde el fallecimiento del hijo.

Siempre que se consigne en juicio la presunción de legitimidad del hijo y sea éste menor, se le nombrará judicialmente un tutor que le defienda. En el juicio será oída la madre.

Hijos naturales.—Lo son los concebidos fuera de matrimonio en tiempo en que el padre y la madre podían casarse aun con dispensa.

Quiénes pueden ser legitimados. Modo y requisitos de legitimación.—Sólo pueden ser legitimados los hijos natura-

les, y el único medio que existe es el subsiguiente matrimonio, produciendo efecto aunque entre él y el nacimiento de los hijos haya habido otro matrimonio ó el contraído se declare nulo, siempre que uno de los cónyuges por lo menos haya tenido buena fe al tiempo de celebrarlo.

Para legitimar á un hijo natural, los padres deben reconocerle expresamente antes de la celebración del matrimonio ó en el acto mismo de celebrarlo, ó durante él, haciendo en todo caso el reconocimiento ambos padres junta ó separadamente. Si el hijo fué reconocido por el padre antes del matrimonio y en su acta de nacimiento consta el nombre de la madre, no es necesario el reconocimiento expreso de ésta para que la legitimación surta sus efectos legales por el subsiguiente matrimonio, no siendo tampoco necesario el reconocimiento del padre si se expresó el nombre de éste en el acta de nacimiento.

Pueden ser legitimados asimismo los hijos que al tiempo de celebrarse el matrimonio hayan fallecido dejando descendientes, y los no nacidos si el padre al casarse declara que reconoce al hijo de quien la mujer está en cinta. La legitimación de un hijo aprovecha á sus descendientes.

Derechos de los hijos legitimados.—Tienen los mismos que los legítimos, adquiriéndolos desde el día en que se celebró el matrimonio de sus padres aunque el reconocimiento sea posterior.

Reconocimiento de los hijos.—Sólo el que tenga un año más de la edad requerida para contraer matrimonio (ó sean quince años) puede reconocer á sus hijos naturales. Los padres de un hijo natural pueden reconocerle de común acuerdo; si es uno solo de ellos, bastará que el que lo reconoce haya sido libre para contraer matrimonio en cualquiera de los ciento veinte días anteriores al nacimiento. La ley presume para este caso que el hijo es natural.

El reconocimiento de un hijo natural sólo producirá efectos legales (respecto del que lo verifique) si se hiciere de

alguno de los modos siguientes: 1.°, en la partida de nacimiento ante el Juez del Registro civil; 2.°, por acta especial ante el mismo Juez; 3.°, por escritura pública; 4.°, en testamento; 5.°, por confesión judicial directa y expresa. Si el padre ó la madre reconocen separadamente á un hijo, no podrá revelarse en el acto del reconocimiento el nombre de la persona con quien fué habido, ni exponer ninguna circunstancia por donde aquélla pueda ser conocida; las palabras que contengan la revelación se tacharán de oficio, y el funcionario que contravenga esa disposición incurrirá en el delito de falsedad é indemnizará los perjuicios.

Todo reconocimiento podrá ser impugnado por un tercer interesado después de muerto el que lo hizo; mas si la madre impugna el reconocimiento de un hijo que ella reconoce por suyo, bastará su sola contradicción para invalidarlo, con tal que el hijo consienta en reconocerla como madre, perdiendo éste los derechos que le haya dado el reconocimiento del padre. Siendo el hijo mayor de edad es preciso su consentimiento, y si no lo fuera, el de la persona que supla su capacidad, extendiéndose el reconocimiento al hijo no nacido y al muerto si dejó descendientes; si el reconocido es un menor, puede reclamar, ajustándose para deducir esta acción al término de cuatro años, que empezarán á contarse desde que el hijo sea mayor de edad; si antes de serlo tuvo noticia del reconocimiento, y si entonces no la tenía, desde la fecha que la adquirió; pero si el menor prueba que en el reconocimiento sufrió engaño puede intentar la revocación hasta cuatro años después de la mayor edad. El que ha hecho un reconocimiento no puede revocarlo aunque lo hiciera en testamento y éste sufriera revocación.

Derechos del hijo natural reconocido.—Los derechos de un hijo reconocido por el padre, la madre, ó por ambos, son: llevar el apellido del que lo reconozca, alimentos y percibir la porción hereditaria que le señala la ley.

Derechos de los demás hijos ilegítimos.—El hijo recono-

cido de unión adulterina ó incestuosa tiene los mismos derechos del espúreo.

Investigación de la paternidad y de la maternidad.—Se prohiben en absoluto, tanto en favor como en contra del hijo, salvo el caso de hallarse en posesión de su estado civil, ó el de rapto ó violación, cuando la época del delito coincida con el de la concepción.

La investigación de la maternidad se permite si concurren estas dos circunstancias: tener en su favor la posesión de estado de hijo natural de aquélla y no estar ligada la madre con vínculo conyugal al tiempo en que se pida el reconocimiento.

La posesión de estado en este caso se ha de justificar probando el hijo que la pretendida madre cuidó de su lactancia y educación, y que le reconoció y trató como á hijo, pues la obligación de dar alimentos ni constituye por sí sola prueba ni aun presunción de paternidad ó maternidad.

Las acciones de investigación de paternidad ó maternidad sólo pueden intentarse en vida de los padres, á no ser que los padres hubiesen fallecido durante la menor edad de los hijos, en cuyo caso éstos tienen derecho á ejercitar la acción correspondiente antes de que transcurran cuatro años desde su emancipación ó mayor edad.

DE LA PATRIA POTESTAD

Libro I.—Título VIII.—Artículos 389 al 429.

Capítulo I: De los efectos de la patria potestad respecto de las personas de los hijos (artículos 389 al 399).—Capítulo II: De los efectos de la patria potestad respecto de los bienes del hijo (artículos 400 al 414).—Capítulo III: De los modos de acabarse y suspenderse la patria potestad (artículos 415 al 429).

Patria potestad; sus efectos sobre las personas de los hijos.—Se ejerce sobre la persona y bienes de los hijos legítimos y de los naturales legitimados ó reconocidos, correspondiendo respectiva y sucesivamente, á los unos en defecto de los otros, al padre, madre, abuelos paterno y materno, y abuelas paterna y materna.

El que se encuentre bajo la patria potestad está obligado á no dejar la casa de aquel bajo cuya guarda se halle sin su permiso ó decreto de la autoridad competente, y éste á su vez contrae la de educarlo convenientemente, teniendo facultad para corregirlo y castigarlo con templanza, pudiendo pedir á la autoridad el auxilio necesario para ello.

Efectos de la patria potestad respecto de los bienes del hijo.—El que la ejerce es el representante legal del que está en patria potestad y administrador de sus bienes, que pueden tener las siguientes procedencias: 1.°, donación del padre; 2.°, de la madre ó abuelos aun cuando aquélla ó alguno de éstos sea quien ejerciere la patria potestad; 3.°, de los parientes colaterales ó personas extrañas, aunque se hayan donado en consideración al padre; 4.°, debidos al don de la fortuna, y 5.°, los que adquiera el hijo por un trabajo honesto. En los primeros corresponde la propiedad al hijo y la administración al padre, pudiendo concedérsela al hijo. Éste percibirá la mitad de los frutos, á no ser que le señalare el padre los que ha de percibir. En los de la segunda, tercera y cuarta la propiedad y la mitad del usufructo son siempre del hijo, y la administración yla otra mitad del usufructo del padre, pero éste podrá ceder ambas cosas al hijo. De los de la quinta, la propiedad y administración son del hijo. En cuanto á los bienes que provengan del padre, madre y abuelos, deberán colacionarse al hacer la división de los bienes del donante.

En los bienes cuya propiedad pertenece al hijo, los réditos y rentas vencidas antes de que el padre éntre en posesión de los bienes forman parte del capital del hijo y no son frutos de que debe gozar el padre, y respecto de los que tenga el hijo la propiedad y la administración, ya por ministerio de la ley, ya por voluntad del padre, se le considerará como emancipado. El derecho que á esos bienes tiene el padre se extingue por la emancipación ó mayor edad del hijo cuando la madre pasa á segundas nupcias, y por renuncia,

en cuyo caso se considerará como donación hecha á favor del hijo.

Enajenación y gravamen de los bienes.—El padre no puede enajenar ni gravar de ningún modo los bienes inmuebles en que le corresponde el usufructo y la administración, ó ésta sola, sino por causa de absoluta necesidad ó evidente utilidad, y previa la correspondiente autorización judicial.

Modo de acabarse y perderse la patria potestad.—Termina por la muerte de quien la ejerce, si no hay otra persona en quien recaiga, por la emancipación, por la mayor edad del hijo, y cuando el que la ejerce es condenado á alguna pena que implique la pérdida de este derecho, y en caso de divorcio, por el cónyuge que diese ocasión á él. Puede también privarse de ella al que trate con severidad, no eduque ó dé consejos corruptores á los que estén en ella.

Suspensión de la misma.—La patria potestad se suspende: 1.° Por incapacidad declarada judicialmente en los casos de locura, idiotismo, imbecilidad y del sordomudo que no sepa leer ni escribir. 2.° En el del pródigo, pero sólo bajo el punto de vista económico, ó sea con relación á los bienes. 3.° Por la ausencia declarada en forma. 4.° Por sentencia condenatoria que imponga como pena la suspensión.

DE LOS AUSENTES É IGNORADOS

Libro I.—Título XIII.—Artículos 696 al 777.

Capítulo I: De las medidas provisionales en caso de ausencia (artículos 696 al 715).—Capítulo II: De la declaración de ausencia (artículos 716 al 728).—Capítulo III: De los efectos de la declaración de ausencia (artículos 729 al 745).—Capítulo IV: De la administración de los bienes del ausente (artículos 746 al 756).—Capítulo V: De la presunción de muerte del ausente (artículos 757 al 766).—Capítulo VI: De los efectos de la ausencia respecto de los derechos eventuales del ausente (artículos 767 al 771).—Capítulo VII: Disposiciones generales (artículos 772 al 777).

Medidas provisionales en caso de ausencia.—El que se hubiese ausentado, teniendo apoderado constituído antes ó

después de su partida, se le tendrá como presente para todos los efectos civiles á que se le autorice en el poder. Si hubiere desaparecido sin dejar apoderado, el Juez, á petición de parte ó de oficio, le nombrará un procurador, citándole por edictos para que se presente en un término que no bajará de tres meses ni pasará de seis, dictando las providencias necesarias para asegurar los bienes teniendo el ausente hijos constituídos en la menor edad, y no teniendo éstos ascendientes que ejerzan la patria potestad, ni tutor testamentario ni legítimo, el Ministerio público pedirá que se le nombre.

Representación del ausente.—Tienen acción para pedir el nombramiento de Procurador el Ministerio público y cualquiera á quien interese tratar ó litigar con el ausente ó defender sus intereses. El cónyuge ausente será representado por el presente, los ascendientes por los descendientes, y éstos por aquéllos, si el ausente fuese casado en segundas nupcias; teniendo sucesión del matrimonio anterior, el Juez dispondrá que el cónyuge presente y los hijos del matrimonio anterior nombren de acuerdo el representante, y si no hubiere conformidad, el Juez lo hará libremente, y á falta de cónyuge, descendientes y ascendientes, el ausente será representado por el heredero presunto; si fueren varios con igual derecho, ellos mismos designarán uno; si no hay acuerdo, lo designará el Juez.

El representante nombrado es el administrador de los bienes; disfrutará la misma retribución que los tutores.

Cesación del cargo de representante.—Termina la representación por el regreso del ausente, con la presentación de apoderado legítimo, muerte del ausente y con la posesión provisional.

Declaración de ausencia.—Pasados cinco años desde el día en que se nombró representante, habrá acción para pedir la declaración de ausencia, y doble de este plazo si el ausente dejó nombrado apoderado, que se empezará á contar desde la desaparición si en ese período no se tu-

vieron noticias suyas ó desde la fecha en que se tuvo la última.

Quiénes pueden pedirla.—Los presuntos herederos legítimos del ausente, los herederos instituídos en testamento abierto, los que tengan algún derecho ú obligación que dependa de la vida, muerte ó presencia del ausente y el Ministerio público.

Publicación de la misma.—La declaración de ausencia se publicará durante tres meses en los periódicos con intervalos de quince días, remitiéndose á los cónsules. Ambas publicaciones se repetirán cada cinco años hasta que se declare la presunción de muerte.

Efectos de la declaración de ausencia.—Declarada la ausencia, si hubiere un testamento cerrado, la persona en cuyo poder se encuentre lo presentará al Juez, dentro de quince días contados desde la publicación; el Juez, de oficio ó á instancia de cualquiera que se crea interesado en el testamento, abrirá éste en ausencia del representante del ausente, con citación de los que promovieron la declaración de ausencia.

Posesión provisional.—Los herederos testamentarios ó los que lo fueron legitimamente del ausente, serán puestos en posesión provisional de los bienes, dando fianza que asegure las resultas de la administración. Si fueren varios herederos y los bienes se pudiesen dividir, cada uno administrará la parte que le corresponda, y si no admitieran los bienes cómoda división, los herederos elegirán entre ellos mismos un administrador general, y caso de no existir acuerdo, el Juez le nombrará entre los mismos herederos, pero los herederos que no administren podrán nombrar un interventor que tendrá las facultades y obligaciones señaladas á los curadores y los mismos derechos.

Todos los que tengan derechos que dependan de la muerte ó presencia del ausente podrán ejercitarlos dando la garantía que corresponda, y los que tengan obligaciones que

deban cesar á la muerte del mismo, podrán también suspender el cumplimiento de ellas siempre que den suficientes garantías. Ninguna de estas garantías que deban prestarse podrán ser menos de la tercera parte de los valores señalados, estando dispensados de ella el cónyuge que como heredero entra en la posesión de los bienes del ausente por la parte que en ellos les corresponda, y el ascendiente que entra en la posesión como heredero ó que administre los bienes de sus descendientes menores, en ejercicio de la patria potestad, por la parte que á éstos ó á él corresponda. Si hubiera legatarios, el ascendiente y el cónyuge darán garantía legal por la parte que á éstos corresponda, si no hubiere división de los bienes ni administrador general.

Si hecha la declaración de la ausencia no se presentasen herederos, el Ministerio público pedirá, ó el nombramiento de representante, ó la elección de otro que entre en la posesión provisional de los bienes.

Administración de los bienes del ausente casado.—La declaración de ausencia no disuelve el matrimonio, pero interrumpe la sociedad conyugal, salvo cuando el cónyuge presente no fuere heredero ni tuviere bienes propios ni gananciales, en cuyo caso continuará aquélla si se hubiese así pactado en las capitulaciones, pudiendo, sin embargo, nombrar un interventor de los bienes. No habiendo sociedad legal, el cónyuge presente tendrá derecho á alimentos.

Una vez hecha la declaración de ausencia se procederá á la formación de un inventario de los bienes del ausente, y á la separación que de ellos deba hacerse conforme á las capitulaciones matrimoniales, á cuyo acto deberán ser citados los herederos presuntos. El cónyuge presente podrá disponer libremente de los bienes propios y de los gananciales que le correspondan.

Los que pertenezcan al ausente se entregarán á sus herederos en los términos que quedan dichos.

En el caso de continuar la sociedad conyugal, el cónyuge

tendrá derecho á la mitad de las utilidades, sin perjuicio de los alimentos que el Juez señalare, quedando restaurada la sociedad conyugal al regreso del ausente, si hubiese sido interrumpida, pero los gananciales adquiridos serán propios del cónyuge que los adquirió. Si después de hecha la declaración de ausencia se probare que la muerte del ausente fué anterior á tal declaración, sólo hasta la fecha de la muerte serán comunes los gananciales, devolviendo á los herederos lo que bajo ese carácter haya recibido.

Presunción de muerte del ausente. Sus efectos.—Se declarará tal presunción por el Juez á instancia de la parte interesada, cuando hayan transcurrido treinta años desde la declaración de ausencia, procediéndose á la apertura del testamento y á la rendición de cuentas de su administración por los poseedores provisionales. Los herederos y demás interesados entrarán en la posesión definitiva de los bienes sin garantía. Si alguna se hubiese constituído se cancelará.

Efectos de la ausencia respecto de los derechos eventuales del ausente.—Todo el que reclame un derecho referente á una persona cuya existencia no esté reconocida, deberá probar que ésta vivía en el tiempo en que era necesaria su existencia para adquirir aquel derecho.

Si se difiere una herencia á la que sea llamado un ausente, entrarán sólo en ella los que debían ser sus coherederos ó sucesores en defecto del mismo, previo inventario de los bienes, considerándoseles como poseedores provisionales ó definitivos de los mismos, según la época en que la herencia se difiera.

Los que hayan entrado en la herencia harán suyos los frutos percibidos de buena fe, mientras que el ausente no comparezca ó las acciones correspondientes no sean ejercitadas por sus representantes ó los que por contrato ó cualquier otra causa tengan con él relaciones jurídicas.

Disposiciones generales.—El representante y los poseedores provisionales y definitivos, en sus respectivos

casos, tienen la legítima representación del ausente en juicio y fuera de él, y todos los actos que ejecuten dentro de sus facultades legales son válidos y obligan al ausente; éste y sus herederos tienen acción para reclamar los daños y perjuicios que el representante ó los poseedores hayan causado por exceso ó abuso de facultades, culpa ó negligencia.

El Ministerio público velará por los intereses del ausente, y será oído en todos los juicios que tengan relación con él y en las declaraciones de presunción y ausencia. El Juez competente para todos los negocios relativos á la ausencia es el del último domicilio del ausente; y si éste se ignora, el del lugar donde se hallen la mayor parte de los bienes.

Por causa de ausencia no hay restitución *in integrum*.

CÓDIGO CIVIL

LIBRO PRIMERO

TÍTULO V

De la paternidad y filiación.

Ocúpase este título de la materia más importante del derecho de familia; de la paternidad y filiación. Si el matrimonio es la institución fundamental, origen y causa de la familia, si constituye, valiéndose de lenguaje metafórico, la entrada ó vestíbulo para la misma, es lo cierto que los hijos son el complemento, el corolario de aquélla. Ésta tiene como fin mediato el mutuo auxilio de los cónyuges; pero su fin inmediato y más principal es la procreación de la especie, la continuación *legal* de ésta.

Ahora bien: la procreación, acto físico y natural, no tiene lugar siempre dentro del matrimonio. En repetidas ocasiones se verifica fuera de él, y en algunas hallándose ligado uno de los padres por vínculo conyugal. De aquí la división establecida por los hombres y la ley, de filiación legítima é ilegítima; la primera formada por dos elementos, el físico ó material (cohabi-

tación) y el legal (matrimonio de los padres); la segunda, por el primero solamente. Ambas reconocen una misma causa, el cariño ó la voluntad de los progenitores; sus efectos jurídicos son distintos, según la situación legal de éstos.

De una y otra se ocupa el Código en los cuatro capítulos que contiene el título, cuya numeración se encuentra en relación directa del grado de legitimidad de los hijos. Así, el primero y el segundo hablan respectivamente de los legítimos, propiamente dichos, y de las diversas pruebas de su filiación; el tercero de los que, naciendo no legítimos, adquieren esta calidad mediante la legitimación, y el cuarto y último de los ilegítimos.

El capítulo primero trata de los hijos que se presumen legítimos, quiénes y en qué casos pueden impugnar su legitimidad y los derechos de los mismos.

El Código, en la parte referente á la legitimidad, no define, presume; no habla en el terreno de la afirmación, sino en el de la hipótesis.

Refiérese el segundo á los medios que tiene el hijo legítimo para probar su filiación, estableciendo un orden de gradación en el valor de las diversas pruebas que pueden proponerse. Así, la más eficaz es la documental (partida de nacimiento, documento auténtico, sentencia firme recaída en juicio seguido sobre la legitimidad); en defecto de ésta, la posesión de estado, y á falta de ella, cualquier otro medio justificativo, siempre que haya un principio de prueba por escrito que provenga de los padres.

Se refiere el tercero á los hijos legitimados, pareciendo dar á entender de este modo, y á primera vista,

que existen hijos de alguna especial condición distinta de la de legítimos é ilegítimos que merezca llevar tal nombre. Por eso era más propio como epígrafe del capítulo el «De la legitimación», puesto que de ella trata, así como de sus formas y efectos.

El cap. V concierne á los hijos ilegítimos, dividiéndose en dos secciones: la primera dedicada á tratar del reconocimiento de los hijos naturales (cuya definición se encuentra en el cap. IV), ó sea por quiénes pueden ser reconocidos, cómo debe hacerse el reconocimiento, derechos de los hijos naturales reconocidos é investigación de la paternidad y de la maternidad; y la segunda referente á los ilegítimos en sentido estricto, en la que se expresa su único derecho, á los alimentos, y los casos en que pueden ejercitarlo.

CAPÍTULO PRIMERO

DE LOS HIJOS LEGÍTIMOS

No define el Código los hijos legítimos; se limita á manifestar cuáles se *presumen* de esta condición. Y á la verdad que hacer otra cosa envolvería una temeridad grande por parte del legislador. La ciencia no ha podido descubrir todavía los secretos de la Naturaleza, y es forzoso doblegarse ante este hecho á menos de incurrir en el error y en el ridículo.

Para establecer la presunción de legitimidad atiende la ley á dos circunstancias: al tiempo de la gestación y á la voluntad de la persona interesada directamente en la certeza ó inexactitud de tal presunción. Teniendo en cuenta la primera, marca el art. 108 ese

tiempo y presume legítimos los nacidos dentro del mismo; obedeciendo á la segunda, señala en el 110 los casos por los que un hijo nacido fuera del término legal puede ser considerado como legítimo. Es decir, que en realidad se distinguen dos clases de legitimidad: la natural, determinada por el tiempo de vida probable intra-uterina, y la que pudiéramos llamar legal en sentido estricto porque aparece establecida, no con relación á circunstancias de la naturaleza, sino por precepto de la ley.

Difícil es que una madre rechace y niegue la legitimidad de su hijo, pero ante el temor de que esto suceda, más que por su voluntad por arrebato de un momento ó coacción del marido ofendido, y para evitarlo, está la disposición del art. 109.

No estableciendo el Código una afirmación categórica acerca de la legitimidad, lógico es admitir prueba en contrario de lo que no es más que una hipótesis, y así lo hace en los artículos 111, 112 y 113. Dos personas tienen interés en ello: el marido y sus herederos, éstos principalmente por lo que atañe á los derechos sucesorios. Por esta razón se les concede la facultad *a posteriori* para impugnar la legitimidad después de la muerte del marido, su derecho-habiente. Toda acción tiene un término, y respecto á la que estudiamos es el fijado en el art. 113.

Termina el capítulo exponiendo los derechos que lleva consigo la legitimidad, materia que es objeto del artículo 114.

El capítulo copia casi literalmente en esta parte á la ley de Matrimonio civil, excepto en el art. 112 que es nuevo, pues si bien el 114 lo es asimismo

porque no existía otro equivalente en dicha ley, sus preceptos se hallaban ya establecidos en nuestro derecho.

ART. 108. Se presumirán hijos legítimos los nacidos después de los ciento ochenta días siguientes al de la celebración del matrimonio, y antes de los trescientos días siguientes á su disolución ó á la separación de los cónyuges.

Contra esa presunción no se admitirá otra prueba que la de la imposibilidad física del marido para tener acceso con su mujer en los primeros ciento veinte días de los trescientos que hubiesen precedido al nacimiento del hijo.

Concordancias.—Igual al art. 101 del proyecto de Código de 1851 y al 87 del de 1882.

PRECEDENTES LEGALES.—*Ley* 4.ª, *tít. XXIII, Part.* 4.ª—Ipocras fue vn filosopho en arte de la fisica, é dixo, que lo más que la muger preñada puede traer la criatura en el vientre, son diez meses. E por ende, si desde el dia de la muerte de su marido fasta diez meses pariese su mujer, legitima seria la criatura que nasciere, é se entiende que es de su marido, maguer en tal tiempo sea nascida; solo que ella biniese con su marido á la sazon que fuio. Otrosi dixo este filosopho, que la criatura que nasciese fasta en los siete meses, que solo que tenga su nascimiento vn dia del seteno mes, que es cumplida, é binidera. E deue ser tenuda tal criatura por legitima, del padre, e de la madre, que eran casados, e biuien en vna, á la sazon que la concibio. Esso mismo deve ser judgado, de la que nasce fasta en los nueue meses. E este cuento es mas usado que los otros. Mas si la nascencia de la criatura tañe un dia del unzeno despues de la muerte del padre, non deue ser contado por su fijo.

Novísima Recopilación, lib. X, tít. V, ley 2.ª (*ley* 13 *de Toro*).—... Pero si por ausencia del marido ó por el tiempo del casamiento claramente se probase que nació en tiempo en que no podia vivir naturalmente, mandamos, que aunque concurran en el dicho hijo las qualidades susodichas (*vivir veinticuatro horas y ser bautizado*), que no sea habido por parte natural ni *legítimo*.

Ley de m. civil, art. 56.—Se presumirán hijos legítimos los nacidos después de los ciento ochenta días siguientes á la celebración del matrimonio, y antes de los trescientos siguientes á su disolución ó á la separación de los cónyuges.

Contra esta presunción no se admitirá otra prueba que la de la imposibilidad física del marido para tener acceso con su mujer en los primeros ciento veinte días de los trescientos que hubieren precedido al nacimiento del hijo.

COMENTARIO.—La máxima *pater est quem juste nuptiæ demonstrant*, no puede aceptarse como regla absoluta para determinar la legitimidad de los hijos. Contra tal principio, digno de respeto por su antigüedad, han existido siempre por desgracia hechos que lo han desmentido y negado, surgiendo de aquí y como consecuencia forzosa, la necesidad de acudir á otros medios más exactos y precisos que éste y menos fáciles de ser desmentidos. El primero que naturalmente debió ofrecerse á la consideración de los hombres, fué el tiempo de la gestación de la criatura humana. Ya en este terreno, por la misma observación de los hechos, pronto se vería que dicho tiempo no era igual en todos los casos, sino que existía bastante diferencia entre unos y otros, y esto es lo que induciría al legislador á establecer un *máximum* y un *mínimum* de la gestación, siendo el tiempo comprendido entre ambos el término medio, y por tanto, general y admisible de la misma.

Este fué el principio establecido por las Partidas, inspiradas en la doctrina de Hipócrates, principio admitido también por la ley de Matrimonio civil, cuyo art. 56 copia literalmente el Código. Conforme al mismo, se consideran legítimos los nacidos después de los seis meses posteriores á la celebración del matrimonio, y antes de los diez siguientes á su disolución por muerte, ó á su separación por divorcio.

El precepto de la ley ¿se encuentra en armonía con las reglas

de la ciencia médica? No están conformes todos los autores y tratadistas acerca del punto objeto de nuestro estudio; pero lo cierto es que la mayoría, y entre ellos el Sr. Mata, especialista en esta materia, afirman que el tiempo más corto y limitado que necesita el feto para que adquiera condiciones de viabilidad son seis meses, y asimismo que la vida intra-uterina no se prolonga más de diez, mínimum y máximum que corresponde al fijado por la ley. Varias notabilidades médicas presentan casos en los cuales esta regla aparece infringida por la misma naturaleza, con partos tardíos de once meses; pero su certeza ha sido impugnada por algunos, y desde luego cabe afirmar que son hechos anormales y raros, verdaderos fenómenos que no desvirtúan la regla general.

Casi todos los Códigos admiten sólo ésta, y únicamente el de Guatemala, inspirándose en principios de pura ciencia, lo hace también de la excepción en el art. 201, que dice «que la presunción de los incisos 2.° y 3.° del art. 200 (ser legítimos los nacidos después de los ciento ochenta días siguientes á la celebración del matrimonio y dentro de los trescientos siguientes á su disolución) cesa si se probase por medio de peritos que, según las condiciones fisiológicas ó patológicas de la madre, el hijo pudo nacer después de los trescientos días.»

Ahora bien: dada esta diversidad de opiniones y preceptos, ¿es aceptable el elemento del tiempo como regla única y cierta de la legitimidad de los hijos? La mera posibilidad de que en un solo caso pueda ser desmentida la presunción admitida por la ley, basta para contestar negativamente. De aquí el medio propuesto por algunos médicos de estudiar la edad intra-uterina del feto, ó sea el desarrollo físico del mismo con relación á la época del casamiento ó de la última cópula. Con arreglo á este principio—dicen—si el desarrollo del nacido se halla en perfecta consonancia con el tiempo transcurrido desde uno ú otro momento, se puede afirmar que el hijo es legítimo, porque, según asegura el Sr. Mata, el feto en cada mes de su permanencia en el claustro materno va presentando variaciones en su crecimiento que permiten seguir su edad y determinarla.

¿Puede atribuirse á esta regla los caracteres de irrefutable é infalible? A primera vista induce por sí misma á responder de un modo afirmativo; pero examinándola con detención no resulta

tan absoluta como parece. Servirá para *determinar la edad* del feto, según asegura el Sr. Mata; pero esto nada tiene que ver con la legitimidad, como no existe tampoco relación alguna entre ésta y la viabilidad. El hijo puede ser viable y no legítimo, y corresponder su edad á la época de cohabitación de sus padres y ser, sin embargo, ilegítimo.

Una sencilla consideración prueba esto. Cuando se sabe ó se tiene la certeza de que la mujer ha cohabitado sólo con su marido, no se necesita presunción de ningún género sobre la legitimidad del hijo, y podría considerarse como legítimo hasta aquel que naciese después de los trescientos días á la separación de los cónyuges ó antes de los ciento siguientes al matrimonio. La duda se origina desde el momento en que se demuestra, ó al menos se sospecha, que la mujer ha cometido adulterio. Y en este caso, ¿de qué sirve conocer la edad del feto con relación á la época de cohabitación del padre? ¿No puede haber cohabitado la mujer con el marido y con el amante en la misma época, en el mismo mes y hasta en igual día? ¿No puede haberse verificado la concepción por el coito del adúltero con la mujer en vez del de ésta con el marido? En nuestro entender, parte esta teoría, y tiene que partir, de un supuesto incierto, del de que en la época de cohabitación que se toma como base, la mujer ha tenido contacto sólo con una persona, caso en el que la duda desaparece por completo y no es necesario principio alguno como determinante de la legitimidad.

En un caso tiene indudable importancia la regla de que nos venimos ocupando: en el de la ausencia del marido. Si éste se aleja del lado de su esposa por determinado tiempo y aquélla da á luz un hijo cuya edad intra-uterina no corresponde á la época en que cohabitó con el marido antes de la ausencia, claro está que se le tachará de ilegítimo, pero es teniendo el marido la certeza absoluta de que durante sus últimas cohabitaciones sólo él yació con su esposa.

Como vemos, la legitimidad es un arcano, un misterio que hasta ahora la ciencia ha tratado en vano de explicar. Su única solución se hallará el día que se consiga *individualizar la concepción*, esto es, precisar la persona que determinó ésta. En tanto que así no suceda, cuantas presunciones se establezcan serán no más que lo que la misma palabra indica, meras hipótesis y prin-

cipios puramente convencionales, sobre los cuales se destacará la honradez de la mujer, exclusiva salvaguardia del honor del marido.

ART. 109. El hijo se presumirá legítimo, aunque la madre hubiese declarado contra su legitimidad ó hubiese sido condenada como adúltera.

Concordancias.—Análogo al art. 102 del proyecto de Código de 1851 é igual al 88 del de 1882.

PRECEDENTES LEGALES.—*Ley* 9.ª, *tit. XIV, Part.* 3.ª—Enséñanse las mugeres á las vegadas tan fuertemente, que por despecho que han de ser maridos dizen que los fijos que tienen en sus vientres, o que son nacidos, que non son dellos, mas de otros. E en tal caso como este dezimos que si pudiese ser prouado por los vezinos de aquel logar que el fijo de alguna muger que dixesse tales palabras como sobredichas son, nasciera della, seyendo casada con aquel marido, e non auiendo el marido estado alongado della tanto tiempo, que pudiessen verdaderamente sospechar, segund natura, que el fijo fuera de otri; por tales palabras que el padre o la madre dixessen non deue el fijo ser desheredado, nin le empece en ninguna manera.

Ley de m. civil, art. 57.—El hijo se presumirá legítimo aunque la madre hubiese declarado contra su legitimidad ó hubiese sido condenada como adúltera.

COMENTARIO.—La ley, en su constante y justo deseo de dejar á salvo, siempre que sea posible, la legitimidad de los hijos, tiende á evitar en este artículo que una simple manifestación, vertida acaso en un momento de indisculpable arrebato ú obtenida tal vez á la fuerza, baste para arrojar el baldón de la ilegitimidad sobre un hijo inocente. Tampoco quiere que la culpa de la madre caiga sobre el hijo; estimaría quizás cruel hacerle desgraciado ante la sociedad, cuando de presumir es que lo sea ya en el seno de la familia.

La exposición de motivos de la ley de Matrimonio civil expre-

saba con suma elegancia los fundamentos del art. 57, igual al 109 del Código, como puede verse por el párrafo de la misma que transcribimos. «El misterio—decía—en que se envuelve la generación, misterio que la misma madre no puede penetrar, el peligro de que el marido, ofendido en su honra, pudiera abusar de la debilidad de una mujer culpable arrancándola una confesión, que no se podría saber si tenía más de verdadera que el reconocimiento de la falta cometida, y el derecho sagrado del inocente hijo, cuyo estado civil no debe hallarse á merced de las pasiones de sus padres, son las razones que justifican la disposición del artículo.»

El Código habla sin duda, ó al menos así lo creemos nosotros, del caso del hijo nacido dentro del tiempo legal, pues el que no nace en este término es ilegítimo *ipso facto*, á tenor de lo dispuesto en el art. 108. Además de entender que el precepto del artículo comentado se extiende también al nacido fuera del plazo que marca el citado art. 108, resultaría lo siguiente: que aquel que sólo reuniere tal circunstancia no era legítimo, en tanto que lo era el que á ésta añadiese la agravante, si vale la frase, del adulterio de la madre ó la declaración de ésta contraria á su legitimidad. Es decir, que dichas dos circunstancias, negativa cada una de ellas de tal condición, producirían el efecto opuesto á su naturaleza, porque se constituyen en declarativas de la legitimidad.

¿Podrá impugnarse la afirmación sentada en el artículo? Pensamos que sí por las siguientes razones. El artículo no establece más que una *presunción* de legitimidad, y toda presunción puede ser destruída por prueba en contrario, según dispone el art. 1.251 del Código en los casos en que la *ley expresamente lo prohiba*. Como en el presente el Código no contiene prohibición alguna, se deduce sin necesidad de otro razonamiento que puede combatirse la presunción de legitimidad establecida en el art. 109.

¿Qué prueba será admisible? Si, como entendemos nosotros, el caso del artículo atañe al nacido dentro del término legal fijado en el pár. 1.º del art. 108, lógico es suponer que sólo cabe la prueba indicada en el segundo de este mismo artículo, ó sea la imposibilidad física del marido para tener acceso con su mujer en los primeros ciento veinte días de los trescientos anteriores al nacimiento del hijo.

Nosotros no estamos conformes con el silencio del Código

en este particular, ocasionado á controversias, y, por el contrario, entendemos hubiera sido conveniente la declaración expresa que hacen casi todos los Códigos extranjeros de permitir al marido impugnar la legitimidad en el caso de ocultación del nacimiento con toda clase de pruebas. Es tan fuerte la presunción de ilegitimidad en este caso, que más que el carácter de una hipótesis reviste el de la certidumbre. La mujer que oculta á su marido su estado y el hecho del parto, lleva por lo menos en su conciencia la duda de la procedencia del hijo. ¿Por qué no permitir expresamente en este caso toda especie de prueba, bien para confirmar esa sospecha, bien para desvanecerla y destruirla? Es verdad que en el último párrafo del art. 113 de nuestro Código se menciona el caso de haberse ocultado el nacimiento, pero habla de aquel en que se puede impugnar la legitimidad, y el 109 calla sobre este extremo.

De tener derecho el padre para desconocer la legitimidad como creemos, claro está que lo tendrían sus herederos en defecto de aquél, siendo los términos para entablar la acción respecto de uno y de otros los establecidos en el art. 113.

Este artículo tiene un aspecto penal en lo relativo al adulterio de la mujer, exigiendo el Código que ésta haya sido condenada como adúltera, es decir, que haya recaído sentencia. Quién comete dicho delito, cómo se ha de ejercer la acción correspondiente y la pena señalada al mismo, materia es de los artículos 448 al 452 del Código penal. (Apéndice núm. 1.—*Adulterio.*)

ART. 110. Se presumirá legítimo el hijo nacido dentro de los ciento ochenta días siguientes á la celebración del matrimonio, si concurriere alguna de estas circunstancias:

1.ª Haber sabido el marido, antes de casarse, el embarazo de su mujer.

2.ª Haber consentido, estando presente, que se pusiera su apellido en la partida de nacimiento del hijo que su mujer hubiese dado á luz.

3.ª Haberlo reconocido como suyo expresa ó tácitamente.

Concordancias.—Igual al art. 104 del proyecto de Código de 1851 y al 89 del de 1882.

PRECEDENTES LEGALES.—*Ley de m. civil*—Art. 58. Se presumirá legítimo el hijo nacido en los ciento ochenta días siguientes á la celebración del matrimonio, á no ser que concurriere alguna de las circunstancias siguientes:

Primera. Haber sabido el marido antes de casarse el embarazo de su mujer.

Segunda. Haber consentido, estando presente, que se pusiera su apellido en la partida de nacimiento del hijo que su mujer hubiese dado á luz.

Tercera. Haberlo reconocido como suyo expresa ó tácitamente.

Se entenderá que lo ha reconocido como suyo si ha dejado transcurrir dos meses, á contar desde que tuvo noticia del nacimiento, sin hacer la reclamación.

COMENTARIO.—Constituye el artículo una excepción del precepto establecido en el 108. En efecto: conforme á éste se presumen legítimos los hijos nacidos *después* de los ciento ochenta días siguientes al de la celebración del matrimonio, y el comentado declara que se presumirán legítimos los nacidos *dentro* de dicho tiempo si reúnen alguna de las circunstancias que en el mismo se expresan.

Manifiesta el artículo que «se presumirán» legítimos, y á la verdad creemos que sería más propio decir «se considerarán». Puede hablarse de presunción en los casos del art. 108, porque cabe que la legitimidad de derecho que la ley establece sea impugnada de hecho por el marido, pero en los del que estudiamos no es posible esto, porque aquel mismo hace, ya de un modo expreso, ya tácito, la afirmación de que el hijo es suyo. Hablar, pues, de presunción, que indica duda más ó menos remota y posible, cuando se ha desvanecido la que pudiera haber con los actos de la persona más interesada, nos parece impropio y hasta ilógico.

Tres son las circunstancias en virtud de las cuales, y por la concurrencia de alguna de ellas, se considera legítimo al hijo nacido en los seis meses siguientes á la celebración del matrimonio: 1.ª Haber sabido el marido antes de contraer matrimonio el embarazo de la mujer. 2.ª Haber consentido que se pusiera su apellido en la partida de nacimiento del hijo que su mujer hubiera dado á luz, estando presente en el acto de extenderla. Y 3.ª Haberlo reconocido como suyo expresa ó tácitamente.

Exige la ley como requisito en el primer caso, que el marido sepa el estado de su mujer *antes* de la celebración del matrimonio, pero puede muy bien suceder que en alguna ocasión tenga conocimiento de ello *después*, y ocurre preguntar: ¿Podrá el marido impugnar en este caso la legitimidad del nacido? O en términos más claros y que resuelven de un modo completo la cuestión: ¿Basta el mero hecho del nacimiento antes de los ciento ochenta días de la celebración del matrimonio, ó después de los trescientos siguientes á la disolución del mismo ó separación de los cónyuges, para considerar ilegítimo al hijo, ó es menester que el marido desconozca expresamente la legitimidad? Ante todo, conviene distinguir dos casos, ya que la ley establece tal distinción: el del nacido después de los trescientos días posteriores á la separación de los cónyuges ó á la disolución del matrimonio, y el nacido antes de los ciento ochenta de la celebración de éste. Respecto del primero, su solución se encuentra en el art. 111; con relación al segundo, surge si acaso la controversia que resolvemos de antemano, por las razones que expondremos á seguida, en el sentido de que no es necesario ejercitar la acción á que se refiere el art. 113, al menos en todos los casos.

Dice el art. 108, como es sabido, que «se presumirán hijos legítimos los nacidos después de los ciento ochenta días siguientes al de la celebración del matrimonio, ó antes de los trescientos siguientes á su disolución ó á la separación de los cónyuges»; luego dedúcese lógicamente que los que nazcan fuera de ese término no son legítimos. Así lo indica la existencia de la presunción del artículo citado, que no tendría razón de ser si no fuera este su objeto, y lo confirma la exposición de motivos de la ley de Matrimonio civil, copiada por el Código literalmente en esta parte, y en la que se leen las siguientes palabras: «En esta observación científica (la de que la vida intra-uterina dura lo menos seis me-

ses y no puede prolongarse más de diez), han hecho descansar casi todos los legisladores sus preceptos, según los cuales, los hijos nacidos antes de los ciento ochenta días de celebrado el matrimonio de su madre ó después de los trescientos de disuelto, *no se reputa engendrado por el marido de la madre*. La ciencia moderna no ha probado hasta ahora concluyentemente la inexactitud general de la observación antigua. *No hay, por lo tanto, causa racional suficiente para destruir la presunción de derecho que se asienta en el proyecto*» (la misma del art. 108 del Código).

Bien terminante es la afirmación que envuelven algunas de las frases transcritas; el que no nace en los términos que señala la ley, como presunción de la legitimidad, no se supone engendrado por el padre, es decir, se le reputa ilegítimo.

No tan sólo esto. El mismo artículo que comentamos preceptúa bien á las claras que se presume legítimo el hijo nacido dentro de los ciento ochenta días siguientes á la celebración del matrimonio *si* concurre alguna de las circunstancias que en él se marcan, de donde se desprende, con evidencia absoluta, que si no existe cualquiera de las circunstancias que se indican, el hijo se presumirá *no legítimo*.

Compréndese más la certeza de este aserto con relación sobre todo á la circunstancia segunda. Consiste ésta en que el marido, estando presente en el momento de extenderse la partida de nacimiento, consienta que se ponga su apellido en la misma. Pues bien: si el padre, lejos de consentirlo, se opone expresamente, ¿tendrá además que ejercitar la acción marcada en el art. 113, impugnando la legitimidad del hijo, con arreglo al espíritu y letra del Código? No, respondemos categóricamente. El hijo es ya ilegítimo de derecho y sería, por consiguiente, absurdo obligar al marido á promover un juicio para obtener la declaración de una calidad del hijo que la misma ley establece.

Por último, con relación al nacido después de los trescientos días, el Código ha establecido el precepto expreso del art. 111, y al no hacerlo con referencia al que nace antes de los ciento ochenta, parece natural pensar que el legislador no ha querido hacer extensiva á este caso la disposición aplicable al primero.

Estas consideraciones son pertinentes para el aspecto general de la cuestión, formulada en los términos en que lo hemos hecho; pero ¿lo son también para el caso particular comprendido en

la circunstancia 1.ª, que venimos examinando, ó sea en el de que el marido sepa *después* de casado el embarazo de su mujer? En parte creemos que si el marido se encuentra con que su mujer da á luz un hijo *antes* del tiempo que marca la ley para presumirle legítimo, no tiene, pues, que pedir para el hijo declaración de la calidad de ilegítimo que lleva ya por ministerio de la ley. Pero como en este caso no existe ningún acto ostensible del marido negativo de la legitimidad, deberá éste impugnarlo para evitar la duda de si lo habrá ó no reconocido. La cuestión versará entonces sobre el hecho de conocer el marido el embarazo de su mujer antes del casamiento, correspondiendo á la madre, ó al hijo en su caso, justificar que el marido sabía el estado de aquélla, puesto que implica una afirmación, y el que afirma debe probar la verdad de su aserto, según los principios del derecho procesal, no al marido demostrar que no lo sabía, qué es una negación. Innecesario es decir que la impugnación tendrá que hacerse dentro del término fijado en el art. 113.

La segunda circunstancia que establece el artículo es la de que el padre consienta, estando presente al acto de extender la partida de nacimiento del hijo, que se ponga su apellido en la misma. No detalla el artículo á qué partida se refiere, si bien alude á la del Registro civil, que es la que hace fe y constituye la prueba principal, respecto de la filiación, según ordena el artículo 115.

Dos casos pueden presentarse con relación á este inciso, á saber: que el padre se oponga de un modo expreso á que su apellido figure en la partida de nacimiento del hijo, ó que no se haya opuesto asistiendo al acto de extenderla. En el primer caso, ya hemos dicho en líneas anteriores que con sujeción estricta á la doctrina del Código, entendemos que no es menester que el padre reclame judicialmente contra la legitimidad, porque existen en su favor dos circunstancias: la presunción de la ley que estima ilegítimo al que nace antes de los ciento ochenta días, y su acto obstativo de la legitimidad que impide que se suponga que lo ha reconocido. Nos hace mantener aún más en nuestra opinión la existencia del art. 118 reconociendo al hijo el derecho de probar siempre su legitimidad. Si es necesario que el marido ejercite además la acción que señala el art. 113, y bajo este supuesto, por haber dejado transcurrir los diversos términos fijados en el

mismo, y estar prescrita dicha acción, no hay más remedio que admitir la legitimidad del hijo, ¿para qué necesita ya éste usar del derecho que le concede el art. 118? ¿Para qué reclamar entonces una legitimidad que la ley otorgaba graciosamente? El artículo 118 resulta, pues, innecesario y superfluo, y no es así. Este artículo tiene casi taxativa aplicación al caso que examinamos, en que negada por el marido en la forma también indicada la legitimidad del hijo, éste puede reclamarla en todo tiempo, conservando la condición de ilegítimo en tanto que no lo efectúe. Por esto precisamente la ley concede el derecho expresado, porque lleva sobre sí tal cualidad.

En el segundo caso, el hijo se presume asimismo ilegítimo, puesto que ha nacido antes de los seis meses, y el marido no tendrá que pedir la ilegitimidad. Lo que sucede es que como no se conoce acto alguno suyo negando la legitimidad, este silencio podría interpretarse como un reconocimiento tácito, y el hijo que desde luego y conforme al Código era ilegítimo, se convertiría en legítimo.

Dentro de la tercera circunstancia están en realidad comprendidas lás otras dos. El que sabiendo que aquella que ha de ser su mujer se halla embarazada y se casa con ella, ¿qué hace sino reconocer de manera tácita la legitimidad del hijo que dé á luz su esposa? El consentir el marido que se ponga su nombre en el acta de nacimiento del hijo de su esposa, ¿qué hace sino reconocerle expresamente como legítimo? Es indudable que pueden existir otros medios de reconocimiento de los hijos á más de los expresados (escritura pública, consentir se ponga su apellido en el registro de la parroquia), y á ellos debe referirse el artículo en este número.

El art. 38 de la ley de Matrimonio civil, precedente legal del que examinamos, contenía un último párrafo en que decía que «se entenderá que el marido lo ha reconocido como suyo, si ha dejado transcurrir dos meses, á contar desde que tuvo noticia del nacimiento, sin hacer la reclamación», párrafo que ha suprimido su equivalente del Código. Dada esta supresión, preguntamos: ¿seguirá constituyendo un reconocimiento de la legitimidad del hijo el hecho del transcurso de dos meses desde el nacimiento sin que el marido reclame contra la misma? Esta pregunta la tenemos contestada afirmativamente en otro lugar.

Si el marido sabe después de casado el embarazo de su mujer, y no entabla la oportuna acción, si permite, ó al menos no se opone, á que su apellido conste en el acta del nacimiento del hijo, ó, en una palabra, si no existe ningún acto afirmativo de la ilegitimidad de derecho que la ley concede al hijo, y, por el contrario, deja que éste continúe gozando del *hecho* de la legitimidad, claro es que se supone que acepta y tolera ésta. Existe en este caso el mismo fundamento que en la prescripción: la voluntad ó negligencia del interesado manifestada en sus actos de tolerancia.

En todo caso, ¿cuánto tiempo será necesario que transcurra para estimar legítimo al hijo cuya legitimidad no conste por un acto externo y dependiente de la voluntad del marido? Con gran probabilidad de acierto puede asegurarse que serán los que fija el artículo 113, tanto porque no establece distinción alguna, como por ser el único pertinente y aplicable. De todas maneras, para evitar dudas hubiera sido de desear que el Código reprodujese el párrafo indicado de la ley de Matrimonio civil en la forma siguiente: «Se entenderá que lo ha reconocido cuando deje transcurrir los diversos plazos que señala el art. 113, sin ejercitar la acción correspondiente.»

Hacía aún más necesario esto, la existencia de un artículo de la ley del Registro civil, denegatorio del espíritu que informa al Código, del 82, que dice así: «Habiendo nacido el niño de constante matrimonio ó en tiempo en que legalmente deba reputarse nacido dentro de él, no puede expresarse en el Registro civil declaración alguna contraria á su legitimidad, mientras no lo disponga el Tribunal competente en sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada.» Como vemos, este artículo, partiendo del principio admitido en el Código francés, el belga y otros, viene á considerar y á proclamar legítimo al concebido durante el matrimonio, haciendo caso omiso de la distinción de épocas del nacimiento que establece el art. 108 del Código. Es más: del hecho de no permitir que conste en el Registro civil indicación alguna contraria á su legitimidad en tanto no lo ordene así una sentencia firme, se desprenden tres gráficas consecuencias: primera, que aquel hijo aparecerá inscrito como legítimo y dispondrá en su favor de la primera y principal prueba de filiación señaladas en el art. 115 del Código; segunda, que el hijo seguirá gozando

de esta condición mientras no se demuestre lo contrario; tercera, que para destruir esa condición y los efectos de la inscripción de legitimidad, el marido ó los herederos deberán ejercitar la acción correspondiente en el tiempo marcado por la ley. Despréndese por lo tanto de esto que, en nuestro sentir, existe una verdadera pugna entre lo dispuesto por el Código y lo establecido en el artículo citado de la ley de Registro civil que da como resultado que prevalezca el precepto de ésta sobre el de aquél.

Resumiendo y sintetizando lo expuesto, podemos formular las siguientes conclusiones: 1.ª, el hijo nacido dentro de los ciento ochenta días siguientes al de la celebración del matrimonio, ó después de los trescientos posteriores á su disolución, se presume legítimo, de conformidad con lo ordenado en el artículo 108 del Código, á no ser que con relación al primero concurra alguna de las circunstancias que determina el 110; 2.ª, el nacido después de los trescientos días siguientes á la disolución del matrimonio ó á la separación de los cónyuges, se presumirá legítimo si el marido ó sus herederos no impugnan su legitimidad en el tiempo señalado en el art. 113; 3.ª, con sujeción estricta á los preceptos del Código, no es necesario que el marido ó sus herederos hagan dicha impugnación respecto del nacido antes de los ciento ochenta días siguientes á la celebración del matrimonio, puesto que lleva la calidad de ilegítimo por ministerio de la ley; 4.ª, deberán, no obstante, las personas indicadas impugnar la legitimidad en tiempo oportuno (el expresado en el artículo 113), ya para evitar que se entienda que lo ha reconocido como suyo (caso 3.º del art. 110 del Código), ya para destruir los efectos de la inscripción en concepto de legítimo que ordena el art. 52 de la ley de Registro civil, sobre todo en el caso en que no conste ningún obstativo de la legitimidad, como el de haberse opuesto á que figurase el apellido del padre en el acta de nacimiento al extenderse ésta.

Derecho vigente común á los artículos 108, 109 y 110.—*Civil.*—Se resume en el siguiente cuadro:

Se presumen hijos legítimos....

1.° Los nacidos después de los ciento ochenta días siguientes á la celebración del matrimonio y antes de los trescientos días siguientes á su disolución ó á la separación de los cónyuges, aunque la madre declare contra su legitimidad ó sea condenada como adúltera.

2.° Los nacidos dentro de los ciento ochenta días siguientes á la celebración del matrimonio si concurriere alguna de estas circunstancias.

1.ª Haber sabido el marido antes de casarse el embarazo de su mujer.

2.ª Haber consentido estando presente que se pusiera su apellido en la partida de nacimiento del hijo que su mujer hubiese dado á luz.

3.ª Haberlo reconocido como suyo expresa ó tácitamente.

3.° Los nacidos después de transcurridos trescientos días desde la disolución del matrimonio ó la separación de los cónyuges, si el marido, y en su caso los herederos, dejan pasar los términos fijados en el art. 113 sin ejercitar la acción correspondiente.

ART. 111. El marido ó sus herederos podrán desconocer la legitimidad del hijo nacido después de transcurridos trescientos días desde la disolución del matrimonio ó de la separación legal efectiva de los cónyuges; pero el hijo y su madre tendrán también derecho para justificar en este caso la paternidad del marido.

Concordancias.—Análogo al art. 103 del proyecto de Código de 1851 é igual al 90 del de 1882.

PRECEDENTES LEGALES.—*Ley de m. civil.*—Art. 59. El marido ó sus herederos podrán desconocer la legitimidad del hijo que la mujer de aquél hubiese dado á luz después de transcurridos trescientos días de la disolución del matrimonio ó de la separación legal efectiva de los cónyuges, pero el hijo y su madre podrán también justificar en tal caso la paternidad del marido.

COMENTARIO.—Encontramos justa la disposición del artículo, reflejo exacto del 59 de la ley de Matrimonio civil, al evitar que pese de una manera perpetua y constante sobre el hijo nacido después de los trescientos días siguientes á la disolución, las consecuencias ingratas y perjudiciales de lo que al fin y al cabo no es más que una presunción de ilegitimidad. Si el marido no abriga sospecha alguna de la fidelidad de su consorte, aunque ésta dé á luz fuera del término legal; si por cualquier otra causa no considera conveniente prevalerse del principio afirmado por la ley, no hay para qué mantener vigentes *ad perpetuam* los efectos de una simple presunción. El Código no niega al marido el derecho de impugnar una legitimidad que considere dudosa, antes al contrario, se lo reconoce de una manera expresa, suficiente para asegurar su honor y dignidad.

Por estas mismas razones es de sentir que el Código no haga extensivo en términos categóricos el precepto del artículo á los dos casos del 108. Si en ambos se proclama una misma presunción, iguales debieran ser también los requisitos ó medios para destruirla. Cuando menos, de haber hecho lo que decimos,

se hubieran evitado la obscuridad que hasta cierto punto reina en varios artículos y la necesidad de acudir á interpretaciones para deducir el alcance y la intención de sus preceptos.

El artículo confiere una facultad cuyo uso es, por consiguiente, potestativo, según indican sus mismas palabras. El tiempo durante el cual puede ejercitarse dicha facultad es el que preceptúa el art. 113, y claro es que si no se ejercita dentro de dicho plazo, queda extinguido el derecho.

Diversas consideraciones haremos sobre el artículo, consideraciones derivadas de los términos en que está redactado. Al contar el artículo el período de los diez meses, habla de la separación *legal* efectiva, por lo cual preguntamos: ¿y en el caso tan frecuente de separación efectiva *voluntaria* ó convencional, podrá el marido impugnar la legitimidad del hijo de su mujer nacido después de diez meses desde tal separación, á los doce ó catorce, por ejemplo? Con arreglo á las palabras del artículo, no; pues exige que la separación (en el sentido de divorcio) sea legal, y la de que se trata no lo es. Teniendo en cuenta el principio que informa la materia que examinamos (presumir ilegítimo el que nace fuera de los términos marcados por la ley), precisa responder de un modo afirmativo, ya que dicho principio tiene que regir dondequiera que encuentre aplicación. Un ejemplo nos lo demostrará. Existe un matrimonio en el que los cónyuges *no viven separados*. El marido obtiene un empleo en Ultramar, y con este motivo se *separan* para residir el marido en dicho territorio. A los doce meses de su separación la mujer da á luz un hijo. ¿El marido no tendrá derecho para impugnar la legitimidad de este hijo porque no se halle separado *legalmente* de su esposa, esto es, divorciado, que es lo que el artículo parece dar á entender? En modo alguno, y lo contrario constituirá un absurdo; más que esto, una monstruosidad. De aquí que no debiera constar la palabra *legal*, como no figura en el art. 108, donde se habla sólo de separación, sin detallar si es legal ó voluntaria.

Igual acontece con las palabras «en este caso», como si sólo en él pudiera probar el hijo su legitimidad, cuando el art. 118 declara que el hijo tiene ese derecho durante toda su vida.

ART. 112. Los herederos sólo podrán impugnar la legitimidad del hijo en los casos siguientes:

1.° Si el marido hubiese fallecido antes de transcurrir el plazo señalado para deducir su acción en juicio.

2.° Si muriere después de presentada la demanda, sin haber desistido de ella.

3.° Si el hijo nació después de la muerte del marido.

Concordancias.—Análogo al art. 106 del proyecto de Código de 1851 é igual al 91 del de 1882.

PRECEDENTES LEGALES.—*Art. 59 de la ley de m. civil en cuanto al derecho de los herederos para impugnar la legitimidad.* (*Véase art.* 111, *Precedentes legales.*)

COMENTARIO.—Dada la íntima relación que la legitimidad de los hijos guarda con los derechos sucesorios, lógico es que el Código afirme que la facultad de impugnar aquélla no es exclusiva del padre, sino propia también de los interesados en esos derechos. Siendo tal facultad un derecho supletorio del reconocido á favor del marido, se comprende que los herederos puedan ejercitarlo sólo por virtud de una de estas tres circunstancias: por haber muerto el marido sin que se haya terminado el plazo durante el cual pudo manifestar su oposición á la legitimidad, desconociendo, por lo tanto, si la hubiera ó no impugnado; porque manifestó su expresa voluntad en este sentido, y justo que los llamados á sucederle en sus derechos y obligaciones la acaten, y porque no hubo posibilidad de expresar su deseo.

Respondiendo á cada una de estas circunstancias, y por el orden mismo en que han sido expuestas, se encuentran establecidos los tres casos del artículo. Así, de conformidad con la primera, ordena el primero que los herederos pueden impugnar la legitimidad del hijo si el marido hubiese fallecido antes de transcurrir el plazo señalado para deducir su acción en juicio; el segundo, con arreglo á la de igual número, les concede el mismo

derecho si muriese el marido después de presentada la demanda sin haber desistido de ella, y el tercero, de acuerdo con la correspondiente, cuando el hijo hubiere nacido después de la muerte del marido.

Una consideración ocurre hacer con relación al tiempo en que el heredero podrá impugnar la legitimidad en el caso 2.º del artículo. En los casos 1.º y 3.º, el heredero es el que desde luego por sí mismo ha de entablar el juicio, y el plazo claro es que se contará de la manera que marca el art. 113. En el segundo no le corresponde esto, sino continuar ó no el juicio comenzado por su causahabiente dentro del plazo legal, y preguntamos: ¿En qué tiempo podrá el heredero seguir la acción formulada judicialmente por el marido?

La respuesta requiere algunas consideraciones.

El art. 113 no tiene otro alcance que señalar los diversos plazos dentro de los cuales ha de incoarse el juicio. Una vez incoado, hay que atender á lo dispuesto por la ley procesal, que regula el procedimiento de toda cuestión litigiosa en sus diversos aspectos (escritos, *términos*, recursos, etc.), y por tanto á lo que dispone sobre la caducidad de la instancia. Además, en el caso de que nos ocupamos no hay que olvidar que el heredero es la continuación de la personalidad del marido en el juicio promovido por éste; mejor dicho, su propia personalidad; y respecto del marido, no cabe ni la menor duda de que regiría lo preceptuado por la ley de Enjuiciamiento civil sobre abandono de la instancia. El heredero, en este caso, no hace otra cosa sino instar el curso de los autos promovidos por el marido.

Examinando dicha ley encontramos que, según el art. 411, los pleitos caducan en primera instancia á los cuatro años de no instado su curso, lo cual parece indicar que durante todo ese tiempo puede hacerse uso de la acción de que se trata. Pero el 419 de la misma, expresa que «la caducidad de la instancia no extinguirá la acción, la cual podrá ejercitarse de nuevo en el juicio correspondiente, y entablando nueva demanda, *si no hubiere prescrito con arreglo á derecho*.» Es decir, que si ha prescrito no es lícito ni posible continuar el ejercicio de la acción formulada.

¿Sucederá esto en el caso que estudiamos? Sí; como en todos aquellos en que el término de la acción sea más breve y corto que el señalado para la caducidad de la instancia. La demanda

entablada por el marido equivale en este caso á una interrupción en la prescripción. Por lo tanto, si los herederos dejan transcurrir dos, tres ó seis meses, según los distintos casos del art. 113 en que se hallen comprendidos, desde la última notificación hecha al marido, como quiera que la acción ha prescrito por el mero lapso de tiempo, á tenor del citado art. 419 de la ley de Enjuiciamiento civil, no podrán ejercitarla, y mucho menos instar unos autos que se fundan en ella. Todo litigio presupone existente una acción, y cuando ésta ha terminado, aquél hay que estimarlo concluído. Si el derecho de donde arranca la facultad de promover y seguir unos autos, que es lo más, se ha extinguido, con mucha mayor razón hay que considerar caducada esa facultad, que es lo menos. Y así como no puede existir consiguiente sin antecedente, ni efecto sin causa, así tampoco puede existir el derecho de instar el curso de unos autos (efecto ó consiguiente) en virtud de una acción prescrita (causa ó antecedente).

Respecto al artículo en general, diremos que ha venido á llenar el vacío de la ley de Matrimonio civil, que si bien concedía á los herederos el derecho de impugnar la legitimidad de los hijos del marido, no precisaba los casos en que podían ejercitar tal derecho. (Apéndice núm. 2. *Caducidad de la instancia.*)

ART. 113. La acción para impugnar la legitimidad del hijo deberá ejercitarse dentro de los dos meses siguientes á la inscripción del nacimiento en el Registro, si se hallare en el lugar el marido, ó, en su caso, cualquiera de sus herederos.

Estando ausentes, el plazo será de tres meses si residieren en España; y de seis si fuera de ella. Cuando se hubiere ocultado el nacimiento del hijo, el término empezará á contarse desde que se descubriere el fraude.

Concordancias.—Análogo al art. 105 del proyecto de Código de 1851 y al 92 del de 1882.

PRECEDENTES LEGALES.—*Ley de m. civil, art.* 58, *párrafo último.*—Se entenderá que lo ha reconocido como suyo si ha dejado transcurrir dos meses, á contar desde que tuvo noticia del nacimiento, sin hacer la reclamación.

COMENTARIO.—Distingue el artículo el caso de que no se ha ocultado el nacimiento de aquel en que haya tenido lugar tal circunstancia. En el primero, los términos diversos que señala se empezarán á contar desde la inscripción del nacimiento; en el segundo, desde el descubrimiento del fraude. Dichos plazos ¿serán iguales en un caso que en otro? ¿Existirán los diferentes términos de dos, tres y seis meses, según que el marido ó los herederos residan respectivamente en el lugar donde el fraude se hubiera descubierto ó fuera de él, pero en España, y no ya en ésta, sino en el extranjero? No hay razón alguna para que así no sea. El marido ó sus herederos pueden residir fuera del lugar donde se haya descubierto el fraude, y claro es que no han de gozar de peor condición que en el caso de no haberse verificado engaño ninguno, cuando el que examinamos reviste hasta carácter criminal. El Código no hace más que variar el punto de partida, digámoslo así, del ejercicio de la acción, pero sin alterar en nada el tiempo de ese ejercicio. Así, si el marido ó sus herederos residen en el lugar donde se hubiere descubierto el fraude, entendemos que el término será de dos meses; si vive en otro punto, pero dentro de España, el de tres meses, y si fuera de ella, seis.

Debemos únicamente decir respecto de esta materia que los plazos que marca el artículo son comunes para el marido ó los herederos y que toda acción prescribe por el mero lapso de tiempo, según declara el art. 1.961 del Código.

El artículo se relaciona con el Código penal, puesto que el párrafo 2.º del 481 del mismo castiga con igual pena que la suposición de partos y sustitución de un niño por otro al que ocultare ó expusiere un hijo legítimo con ánimo de hacerle perder su estado civil. La ocultación, pues, ha de ser de un hijo legítimo y con intención de que pierda su estado civil, ó sea, en este caso, la condición y los derechos de la legitimidad.

Derecho vigente.—*Civil.*—El relativo á los términos para ejercitar la acción, se expresa en el siguiente cuadro:

Que se haya ocultado el nacimiento del hijo...	Que el marido ó sus herederos se hallasen en el lugar en que se haya descubierto el fraude .	2 meses.	Desde el descubrimiento del fraude.
	Que no se hallen en él, pero residan en España.	3 meses	
	Que residan fuera.....	6 meses.	
Que no se haya ocultado	Que el marido ó sus herederos estuvieren presentes en el lugar del nacimiento.....	2 meses.	Desde la inscripción del nacimiento en el Registro.
	Que estuvieren ausentes, pero residiendo en España	3 meses.	
	Que residan fuera.....	6 meses.	

Penal.—Art. 483. La suposición de partos y la sustitución de un niño por otro serán castigadas con las penas de presidio mayor (*de seis años y un dia á doce años. Mínimo: de seis años y un dia á ocho años. Medio: de ocho años y un dia á diez años. Máximo: de diez años y un dia á doce años*) y multa de 250 á 2.500 pesetas.

Las mismas penas se impondrán al que ocultare ó expusiere *un hijo legítimo con ánimo de hacerle perder su estado civil.*

ART. 114. Los hijos legítimos tienen derecho:

1.° A llevar los apellidos del padre y de la madre.

2.° A recibir alimentos de los mismos, de sus ascendientes, y en su caso, de sus hermanos, conforme al artículo 143.

3.° A la legítima y demás derechos sucesorios que este Código les reconoce.

Concordancias.—*Ninguna.*

PRECEDENTES LEGALES.—Es nuevo el artículo en cuanto á su redacción. Sus diversos preceptos se hallaban, sin embargo, consignados en nuestro antiguo derecho en la ley 5.ª, título XIX, Part. 4.ª, y artículos 63 y 77 de la ley de Matrimonio

civil respecto de los alimentos, y en la 1.ª, tít. V, lib. IV, Fuero Juzgo; 7.ª, tít. 1, Part. 5.ª y 6.ª de Toro en cuanto á la herencia. La única ley que encierra una declaración expresa de los derechos de los hijos legítimos es la que se expresa á continuación.

Part. 4.ª, *tít. XIV, ley* 2.ª—Honra con muy grand pro viene á los fijos en ser legítimos. Ca han por ende las honras de sus padres. E otrosi pueden recibir Dignidad e Orden sagrada de la Eglesia e las otras honras seglares, e aun heredan á sus padres e á sus abuelos, e á los otros sus parientes, assi como dice en el Título de las herencias; lo que non pueden facer los otros que no son legítimos.

COMENTARIO.—El Código, después de expresar qué hijos se consideran legítimos, establece en este artículo los derechos de los mismos. Menciona, en primer término, el de llevar los apellidos del padre y de la madre, comprendiéndose que así sea, pues es la manifestación más ostensible de la legitimidad. Señala en segundo lugar los alimentos en el sentido que emplea el artículo 143, como indispensables que son para la vida física é intelectual del individuo, y en último el que les corresponde á determinada porción de los bienes de sus padres y ascendientes y demás relacionados con la herencia.

Aparte de estos derechos, pueden citarse también como de carácter general el que concede el art. 287 para reclamar contra el tutor por razón del ejercicio de la tutela y el que tienen las hijas á ser dotadas por el padre ó la madre, consignado en el artículo 1.340.

Derecho vigente.—*Civil.*—El cuadro que va á continuación da una idea clara de la doctrina del artículo.

Derechos de los hijos legítimos.

1.° A llevar los apellidos del padre y de la madre.

2.° A recibir alimentos de los mismos, de sus ascendientes, y en su caso de sus hermanos, los cuales deben prestar al alimentista los auxilios necesarios para la vida, cuando por un defecto físico ó moral ó por cualquiera otra causa no pueda éste procurarse su subsistencia. En estos auxilios están comprendidos los gastos indispensables para costear la instrucción elemental y la enseñanza de una profesión, arte ú oficio.

3.° A reclamar contra el tutor por razón del ejercicio de la tutela en los cinco años siguientes á la terminación de ésta (art. 287).

4.° A exigir las hijas la dote que están obligados á dar el padre ó la madre (art. 1.340).

5.° A la legítima (dos terceras partes del haber hereditario del padre ó de la madre (art. 808), y demás derechos sucesorios que este Código les reconoce, como son..... .....

1.° Pedir el complemento de la legítima (art. 815) y la reducción correspondiente (una tercera parte de la herencia) de la disposición testamentaria inóficiosa ó excesiva (art. 817).

2.° Ser mejorados en la porción determinada por la ley (artículo 823).

3.° Suceder abintestato á sus padres y ascendientes (artículo 931).

4.° Que acrezca á su parte la del que repudie la herencia que le corresponda en los casos y forma que determina el Código (art. 981).

CAPÍTULO II

DE LAS PRUEBAS DE LA FILIACIÓN DE LOS HIJOS LEGÍTIMOS

Casos hay en que los hijos legítimos tienen que acreditar su filiación, es decir, su calidad de hijos, y determinar los diversos medios de prueba que para ello pueden emplearse, y esto es lo que constituye el objeto del presente capítulo.

Existiendo una institución especial, cuyo exclusivo fin consiste en regular la condición legal de los ciudadanos, haciendo constar oficialmente los actos más importantes de su existencia *(nacimiento, matrimonio, muerte)*, el Registro civil, natural es que la ley preceptúe que los datos que suministre este Registro sean los que hagan fe con prefencia á cualesquiera otros acerca de la filiación de los hijos.

Pero esta institución es moderna en nuestra patria. Sabido es que no se creó hasta 1870, y el nacimiento de muchas, de muchísimas personas no figura inscrito en el Registro, sino en los libros parroquiales. De aquí que las partidas sacramentales de nacimiento procedentes de estos libros sean suficientes para probar la filiación de los nacidos antes del establecimiento del Registro civil, y á ellas alude sin duda el art. 115 al emplear las palabras «ó documento auténtico».

Puede también suceder que se haya impugnado por

el padre ó sus herederos la legitimidad del hijo, y en este caso claro es que hará prueba plena la sentencia recaída en el juicio seguido al efecto, lo mismo que la posesión de estado de hijo legítimo, ó sea el efecto de gozar de esta condición en concepto público por los mismos actos del padre.

En último termino, y como supletoria de las demás, admite el Código cualquier medio legal siempre que exista algún elemento escrito procedente de uno de los padres. Esto restringe muchísimo el precepto al parecer tan lato, del Código, puesto que viene á reducir todos los medios de prueba al documental.

La doctrina de la Sección es el desenvolmiento de la contenida en el art. 327 del mismo Código, que establece que las actas del Registro serán la prueba del estado civil, la cual sólo podrá ser suplida por otra en el caso de que no hayan existido aquéllas ó hubiesen desaparecido los libros del Registro, ó cuando ante los Tribunales se suscite contienda.

ART. 115. La filiación de los hijos legítimos se prueba por el acta de nacimiento extendida en el Registro civil, ó por documento auténtico ó sentencia firme en los casos á que se refieren los artículos 110 al 113 del capítulo anterior.

Concordancias.—Igual al art. 109 del proyecto de Código de 1851 y al 94 del de 1882.

PRECEDENTES LEGALES.—*Ley de m. civil. art.* 61, *párrafo* 1.º—La legitimidad del hijo se probará:

1.º Por la partida de su nacimiento, consignada en el Registro civil.

COMENTARIO.—De acuerdo con lo que dispone el art. 329 del Código sobre las pruebas del estado civil de las personas, señala el actual como prueba principal y primera de la legitimidad de los hijos el acta de nacimiento consignada en el Registro, concediendo idéntico valor á todo documento auténtico ó sentencia en que conste aquélla en los dos casos opuestos de reconocimiento de la misma por parte del marido (art. 110) ó de su impugnación por éste ó sus herederos (art. 111).

Bajo la denominación de documento auténtico comprende sin duda á la partida de bautismo, prueba equivalente y análoga al acta de inscripción en el Registro civil, y de igual valor para los nacidos antes del establecimiento de éste.

En cuanto á la sentencia recaída en el juicio de legitimidad, requiere el Código que sea *firme*, considerándose como tales, según el art. 369 de la ley de Enjuiciamiento civil, aquéllas contra las cuales no cabe recurso alguno ordinario ni extraordinario, ya por su naturaleza, ya por haber sido consentidas por las partes.

El deseo de los padres en algunas ocasiones de variar contra ley la condición de los hijos ilegítimos á fin de que puedan gozar de los beneficios de la legitimidad, los ha conducido al extremo de faltar á la verdad en el contenido de las actas de nacimiento, tanto civiles como eclesiásticas, incurriendo de este modo en el delito de falsedad en documento público, penado en el art. 315 del Código penal, en relación con el núm. 4.º del 314, como puede verse por las sentencias que exponemos á continuación, cuya importancia no precisa encomiar.

Derecho vigente.—*Penal.*—El particular que cometiere en documento público ó en letras de cambio ú otra clase de documentos mercantiles alguna de las falsedades designadas en el artículo anterior (núm. 1, *faltar á la verdad en la narración de los hechos*), será castigado con las penas de presidio mayor (1) y multa de 500 á 5.000 pesetas.

Sentencia de 7 de Febrero de 1876 (*Gaceta* 31 *Mayo id.*).—Según el art. 915 del Código penal, comete delito de falsedad el particular que en ducumento público ú oficial faltare á la verdad de alguno de los modos referidos en el artículo anterior, entre los que está el de faltar á la verdad en la narración de los hechos.

(1) . Para los grados de esta pena véase art. 113, epígrafe *Penal.*

Declarando probado la Sala sentenciadora, por confesión del mismo recurrente, que compareció por dos veces y en distintas ocasiones ante el Juez municipal para *inscribir en el Registro civil* dos hijos que había tenido de otra mujer que no era con la que estaba casado legítimamente, suponiendo eran de legítimo matrimonio, al hacer esta manifestación al Juez municipal, y en su consecuencia inscribirse como legítimos dos hijos que no lo eran, faltó á la verdad en la narración de los hechos que quedaron consignados en un documento público, y no ha incurrido dicha Sala en error alguno al calificar el hecho de delito de falsedad comprendido en el art. 315 del Código penal.

Sentencia de 2 *de Diciembre de* 1876 (*Gaceta* 16 *Marzo* 1877).—No se infringe el art. 315, en relación con el núm. 4 del 314 del Código penal, cuando resulta que el recurrente ha faltado á la verdad en la narración de los hechos, por ser el único autor de que en el documento oficial de la *partida de bautismo* de la niña que había tenido en relaciones ilícitas, hallándose casado, constase la legitimidad de la misma.

Sentencia de 2 *de Julio de* 1877 (*Gaceta* 2 *Septiembre id.*).—Según aparece y se declara probado en la sentencia recurrida, el procesado, unido por el vínculo de legítimo matrimonio y viviendo separado de su esposa y en relaciones amorosas con otra mujer, ha tenido de esta última dos hijos, uno de los cuales fué inscrito en los libros de la *parroquia y del Registro civil* en presencia del recurrente, y con arreglo á los datos suministrados por el mismo, en concepto de ser el expresado niño hijo legítimo.

El hecho de la referida inscripción de ese niño constituye indudablemente el delito previsto y penado en el art. 315, en relación con el núm. 4 del 314, puesto que se ha faltado á la verdad á sabiendas en la narración de los hechos que se hizo por el procesado á los funcionarios encargados de los indicados *Registros civil y eclesiástico* para inscribir en ellos el nacimiento de dicho niño, atribuyendo á éste, que por su origen y por la índole especial de las relaciones ilícitas de sus padres, tiene el carácter de hijo adulterino, la cualidad de hijo legítimo, y extendiendo además el concepto de legitimidad á la unión de aquéllos.

Sentencia de 28 *de Febrero de* 1880 (*Gaceta* 28 *Junio id.*).—Igu á la de 7 de Febrero de 1876.

ART. 116. A falta de los títulos señalados en el artículo anterior, la filiación se probará por la posesión constante del estado de hijo legítimo.

Concordancias.—Igual al art. 109 del proyecto de Código de 1851 y al 95 del de 1882.

PRECEDENTES LEGALES.—*Ley dem. civil.*—Art. 61. La legitimidad del hijo se probará: 2.° Por la posesión constante del estado de legitimidad.

COMENTARIO.—Tiene este artículo respecto á la filiación de los hijos el mismo objeto que el 54 con relación al matrimonio, esto es, proporcionar á aquéllos un medio más de probar su legitimidad.

El Código, con poco acierto en nuestro entender, no determina en qué consiste esta posesión ni los requisitos necesarios para obtenerla que expresan casi todos los extranjeros y enumeraba el proyecto de 1851. Este, en su art. 110, decía que «la posesión de estado de hijo legítimo se acredita por una reunión de circunstancias que concurran á probarla, tales como el uso constante del apellido del padre, con anuencia de éste, y el trato que como tal hijo ha recibido de su padre, de su familia y del público,» y lo mismo establecen los Códigos de Bélgica, Francia, Italia, Portugal y Méjico (el de Guatemala no admite más prueba que la certificación del Registro civil). La posesión de estado de hijo legítimo puede, por tanto, definirse como «el concepto público ó fama pública de hijo legítimo en virtud de los actos constantes del padre y de su familia.»

Como vemos, dichas circunstancias tienen un carácter externo con relación al punto principal, ó sea á la legitimidad como consecuencia del matrimonio. Que un padre haya tratado siempre á su hijo como legítimo, permitiéndole á la vez llevar su apellido, y que haya gozado de igual consideración ante su familia, son hechos de valor extrínseco que no envuelven otra cosa que una presunción de legitimidad cuando faltan los dos puntos cardinales de ésta, como son: el matrimonio de los padres y el nacimiento del hijo después de celebrado aquél. En vista de

estas consideraciones, planteamos la siguiente cuestión: ¿Será necesario que el hijo pruebe, á más de las circunstancias referidas, el matrimonio de sus progenitores y su identidad, ó sea que en efecto es hijo de los mismos? No lo entendemos así. Obligarle á ello sería destruir por completo la esencia de la prueba que nos ocupa, que tiene que partir del supuesto de haber existido un parto del que el hijo es producto, y por último, de que aquél ha tenido lugar dentro del matrimonio. Además, desde el momento en que se probase el matrimonio de los padres y la identidad del hijo, ¿para qué precisaba justificar los restantes extremos? Los dos citados bastaban para acreditar la legitimidad. Por otra parte, la posesión constante de estado de hijo legítimo es á la legitimidad lo que la posesión continuada de treinta años al dominio. Si el mero lapso de tiempo y los actos en concepto de dueño son requisitos suficientes para adquirir una cosa sin necesidad de justo título, igual principio debe regir con relación á la legitimidad, en que el título se halla representado por el matrimonio. El valor que la ley concede á ambas posesiones descansa en un mismo fundamento: en el uso constante de un derecho ó de una facultad durante un largo espacio de tiempo.

Dadas estas afirmaciones, ¿puede considerarse en teoría á la posesión constante de estado de hijo legítimo como prueba cierta y absoluta de tal condición? En modo alguno, atendiendo á las razones antes expuestas. Lleva en sí la presunción de que el matrimonio se ha celebrado, pero no la certidumbre del hecho. Hace prueba, una vez demostrada, de la filiación paterna y materna, como dice Laurent, pero no de la legitimidad, pues presume la existencia del matrimonio. Si se niega ésta, continúa dicho autor, y es ciertísimo lo que dice, no hay tal posesión, porque destruída la base ó cimientos de un edificio, añadimos nosotros, se desploma y derrumba éste. Por eso merece sólo el concepto de prueba supletoria, de una prueba establecida por el legislador en defecto de otras más directas y eficaces.

Esta prueba supone y requiere á su vez otras, ya que las diversas circunstancias que la constituyen han de acreditarse de algún modo. En este concepto, figura en primer término la de testigos y en ocasiones también la documental, dentro de la que puede considerarse comprendida.

De alabar es el espíritu del artículo, encaminado á favorecer

á los hijos, asegurándoles un medio más de gozar de la hermosa condición de la legitimidad; pero en rigor, el precepto del artículo parece que debiera limitarse al caso de que hubiera existido fuerza mayor, esto es, cuando hubiese desaparecido el archivo donde constase la inscripción ó el documento justificativo de su nacimiento ó del matrimonio de sus padres, ó no hubiera sido posible por la misma causa verificar aquélla. Si no han ocurrido ninguna de estas circunstancias, ¿no es lógico presumir que la inexistencia de la inscripción obedece al temor de que se conozca el verdadero carácter del hijo de que se trate? Además, que así resulta una cosa: que el hijo ilegítimo que figure inscrito como tal en el Registro por haber cumplido su padre con el precepto legal, nunca podrá, como es consiguiente, adquirir, el carácter de legítimo, porque consta ya su calidad, en tanto que le será dable conseguirlo al que no teniendo esta prueba fehaciente de su ilegitimidad (gracias al no cumplimiento de la ley), haya estado gozando de la posesión constante de hijo legítimo no siéndolo.

ART. 117. En defecto de acta de nacimiento, de documento auténtico, de sentencia firme ó de posesión de estado, la filiación legítima podrá probarse por cualquier medio, siempre que haya un principio de prueba por escrito, que provenga de ambos padres conjunta ó separadamente.

Concordancias.—Igual al art. 112 del proyecto de Código de 1851 y al 96 del de 1882.

PRECEDENTES LEGALES.—*Ley de m. civil.*— Art. 61. La legitimidad del hijo se probará por testigos con tal que hubiese un principio de prueba fundamental ó indicios que constaren desde luego, siendo éstos tales que con la prueba testifical bastaran para probar la legitimidad.

COMENTARIO.—La ley no quiere ser restrictiva en la materia de pruebas de filiación. Sostiene, por el contrario, un espíritu en extremo amplio, como lo demuestra el precepto del artículo, que en defecto de las ya enumeradas admite toda clase de pruebas, si bien con la condición de que exista algún antecedente escrito que pertenezca á uno de los padres ó á los dos conjuntamente.

Esto último impide bastante la aplicación del principio que sustenta el artículo de permitir practicar diversas pruebas marcadas por la ley y nos parece en demasía riguroso. Hay documentos que sin provenir de los padres pueden encerrar una presunción fundada de la legitimidad de los hijos, por ejemplo, los referentes al servicio militar, un título académico, y que sin embargo son inútiles á tenor de la disposición del artículo. Por eso creemos que éste debiera haberse limitado á pedir algo de prueba documental, pero no exigir que fuera del padre, de la madre, ó de ambos; esto es lo que decía el caso 3.° del art. 61 de la ley de Matrimonio civil, como puede verse en los *Precedentes legales* del artículo.

Compréndese fácilmente la evidencia de lo acabado de manifestar, teniendo en cuenta lo dispuesto en el art. 116, que considera como un medio de prueba la posesión constante de hijo legítimo, prueba que en realidad está comprendida dentro del precepto del artículo que estudiamos. Esta posesión, ¿cómo ha de probarse si no por *testigos* que acrediten que el hijo de que se trata ha llevado, por ejemplo, el nombre del padre, que éste le ha tratado como á hijo, atendido á su alimentación y educación, y que ha sido reconocido como tal en la sociedad y por su familia, en una palabra, todas las circunstancias que llevan en sí la presunción de legitimidad? ¿Y qué es, en resumen, esta prueba sino la mera testifical?

Si en esta prueba no se requiere elemento alguno documental, ¿por qué se ha de exigir en la otra cuando es uno mismo el fundamento de los dos, ó sea el testimonio de varias personas sobre hechos determinantes y constitutivos de la legitimidad? La diferencia obedece, en nuestro modo de pensar, al grado diverso de presunción de legitimidad que representan ambas. La posesión de estado supone la existencia del parto, la de la identidad del hijo y hasta la celebración del matrimonio; en la prueba testifical en sentido estricto, como no concurren dos actos ó he-

chos externos inherentes á dicha posesión que encierran la certeza, ó al menos la verosimilitud de aquellos extremos (uso del apellido del padre, haber sido alimentado por él, ser considerado como hijo por la familia y la madre), *precisa probar éstos*. De aquí, sin duda, que el legislador haya querido exigir mayor garantía en esta última, en la que la justificación de las circunstancias capitales de la legitimidad ha de resultar principalmente de las declaraciones testificales, prueba no de entera y absoluta confianza, por cuanto el art. 1.248 del Código dispone que «la fuerza probatoria de tales declaraciones será apreciada por los Tribunales, conforme á lo establecido en la ley de Enjuiciamiento civil, *cuidando de evitar que por la simple coincidencia de algunos testimonios*, á menos que su veracidad sea evidente, queden definitivamente resueltos los negocios en que de ordinario suelen intervenir escrituras, documentos privados ó algún principio de prueba por escrito.»

Resulta de lo manifestado que todas las pruebas que pueden proponerse se concretan á la testifical, siempre que vaya unida á la documental privada, cualquiera que sea, pues la pública cabe comprenderla en el artículo anterior, dentro del concepto «documento auténtico,» y si acaso á la confesión judicial y extrajudicial.

Tratándose de documentos privados, sabido es que lo que se requiere, en primer término, es demostrar su legitimidad y autenticidad en la forma que determinan la ley de Enjuiciamiento civil (artículos 602 al 609 inclusive) y el Código (artículos 1.225 al 1.230).

Respecto de la confesión, el Código admite la extrajudicial á más de la judicial (artículos 1.231 al 1.239), la cual (la judicial) se rige, en cuanto al modo de obtenerla, por lo dispuesto en la citada ley procesal (artículos 579 al 595).

Derecho vigente.—*Civil; común á los artículos* 115, 116 y 117.—Se encuentra consignado en el siguiente cuadro:

Pruebas de la filiación de los hijos legítimos....

1.° Por el acta de nacimiento extendida en el Registro civil.
2.° Por documento auténtico ó sentencia firme en los casos á que se refieren los artículos 110 al 113 del Código (impugnación de la legitimidad por el marido ó sus herederos).
3.° Por la posesión constante del estado de hijo legítimo.
4.° Por cualquier medio, siempre que haya un principio de prueba por escrito, que provenga de ambos padres, conjunta ó separadamente.

ART. 118. La acción que para reclamar su legitimidad compete al hijo dura toda la vida de éste, y se transmitirá á sus herederos si falleciere en la menor edad ó en estado de demencia. En estos casos tendrán los herederos cinco años de término para entablar la acción.

La acción ya entablada por el hijo se transmite por su muerte á los herederos, si antes no hubiese caducado la instancia.

Concordancias.—Análogo á los artículos 113, 114 y 115 del proyecto de Código de 1851, y al 97 del de 1882.

PRECEDENTES LEGALES.—*Ley de m. civil.*—Art. 62. Es imprescriptible la acción que compete al hijo para reclamar su legitimidad, y se transmitirá á sus herederos si hubiere muerto antes del quinto año de su mayor edad, ó después dejando entablada la acción.

COMENTARIO.—El Código ha introducido alguna variación en la doctrina del artículo, respecto de su precedente el 62 de la ley de Matrimonio civil. En vez de manifestar, como hacía éste, que la acción para reclamar el hijo su legitimidad era imprescripti-

ble, declara que durará toda la vida del mismo, y la transmisión de tal derecho que con arreglo á dicho art. 62 tenía lugar, si el hijo moría antes del quinto año de su mayor edad ó después dejando entablada la acción, se verifica ahora por el fallecimiento durante la menor edad ó en estado de demencia, y si muere el hijo habiéndola entablado, en tanto que no caduque la instancia.

El artículo, al determinar quién puede ejercitar la acción, menciona sólo al hijo y á los herederos, y esto nos induce á preguntar: el tutor ¿no podrá reclamar á nombre de su pupilo la legitimidad de éste en el caso de la menor edad ó de la demencia? Tres razones hay que inducen á contestar de un modo afirmativo: primera, que el Código no contiene semejante prohibición, y lo que la ley no prohibe es lícito hacer; segunda, que en el caso de la locura, ésta puede ser incurable, careciendo por lo tanto en absoluto el demente de personalidad para reclamar por sí su filiación legítima; y tercera, que el tutor es el llamado á ejercitar los derechos del sometido á su guarda, puesto que es la continuación de su personalidad, y aún mejor ésta misma, porque aquél no la tiene en general. En todo caso, el tutor necesitaría la autorización del consejo de familia á tenor del número 13 del artículo 269 del Código.

Ofrécese con mayor evidencia la razón de lo manifestado, por cuanto que muy bien puede darse el caso de que existan elementos de prueba de la legitimidad durante la menor edad ó la demencia del hijo, que luego desaparezcan, principalmente personas con cuyo testimonio haya de justificarse aquélla, y resultaría absurdo y arbitrario que hubiese que esperar á que el menor de edad fuere mayor, ó que el demente recobrase su lucidez, sobre todo en el caso en que, como hemos expuesto, la locura fuese perpetua é incurable. Esta interpretación, si no la cierta y exacta, es por lo menos la más equitativa.

De todas suertes, es innegable lo justo del precepto del artículo. Constituiría un verdadero despotismo legal impedir el ejercicio de un derecho individual *civil*, como es el relativo al reconocimiento de su personalidad jurídica, á la afirmación de uno de los aspectos de su estado civil, derecho tan importante y sagrado, como los referentes á su condición política, que por su propia naturaleza son inalienables é imprescriptibles.

El derecho del hijo se transmite á los herederos en los dos

casos que indica el artículo. Es el primero el de que el hijo falleciere en la menor edad ó en la demencia sin haberse entablado la acción, siendo entonces el término de cinco años, á contar desde el día en que puede ejercitarse aquélla, según determina el art. 1.969, que regularmente será el del fallecimiento. El segundo se refiere al hecho de que el hijo haya entablado la acción, caso en el que la transmisión no tendrá lugar si hubiese caducado la instancia antes de la muerte del hijo, es decir, si éste hubiere dejado transcurrir cuatro años desde la última notificación sin instar el curso del pleito. Y si no ha caducado, ¿durante qué tiempo podrán los herederos continuar la acción promovida por su causahabiente? Atendiendo al espíritu del artículo, parece que en tanto que no caduque la instancia, ya que, si ésta termina antes de la muerte del hijo, la acción prescribe, mejor dicho, no llega á transmitirse á los herederos.

CAPÍTULO III

DE LOS HIJOS LEGITIMADOS

Como indica el epígrafe del capítulo, éste se ocupa de la legitimación en las dos clases que establece: por subsiguiente matrimonio y por concesión Real. El Código abandona en esta parte al proyecto de 1851, que rechazaba esta última, siguiendo al de 1882, que la admitía. Consiguientemente, la legitimación por rescripto del príncipe que introdujo el derecho romano bajo la influencia de las circunstancias especiales de la familia en la época de Constantino como remedio de oportunidad de esas mismas circunstancias, ha sido consagrada por el nuestro con el carácter de definitiva.

Determina asimismo los hijos que pueden ser legitimados, concretando tal beneficio á favor de los naturales, cuya definición presenta, con arreglo á lo que la razón exigía, ante la deficiente y abusiva de la ley 11 de Toro.

La legitimación por subsiguiente matrimonio ha de tener lugar, según indican sus mismas palabras, mediante la celebración de aquél. La que se verifica por concesión Real, cuando concurran los requisitos del art. 125. El primero de éstos demuestra de un modo evidente que no es potestativo en los padres el legitimar á sus hijos en una ó en otra forma. Sólo podrá ve-

rificarse por concesión Real cuando no sea posible por subsiguiente matrimonio. La primera tiene, por tanto, un carácter puramente supletorio.

Los efectos de una y otra se determinan desde el momento en que se realiza el cambio de estado de los hijos, ó sea en la de subsiguiente matrimonio cuando éste se celebra, y en la de concesión Real cuando se haya concedido, aprovechando la legitimación á los descendientes de los hijos que hubiesen fallecido si se hubiere efectuado á favor de los hijos.

Diferéncianse radicalmente ambas legitimaciones en los derechos que conceden á los legitimados. Si éstos lo son por matrimonio, sus derechos son los mismos que los legítimos; si lo son por concesión Real, los de los naturales reconocidos. En ambos casos ha sancionado el Código el principio de la igualdad, ya con los legítimos, ya con los naturales.

En el último artículo del capítulo se concede el derecho de impugnar la legitimación, no realizada conforme á las disposiciones del Código, á todas las personas que tengan interés siempre que sufran algún perjuicio con aquélla. Merece elogios por ello el legislador, pues es un precepto novísimo, sin precedentes en la legislación derogada y en los dos proyectos de 1851 y 1882.

ART. 119. Sólo podrán ser legitimados los hijos naturales.

Son hijos naturales los nacidos, fuera de matrimonio, de padres que al tiempo de la concepción de aquéllos pudieron casarse sin dispensa ó con ella.

Concordancias.—Igual al art. 118 del proyecto de Código de 1851 y al 98 del de 1882.

PRECEDENTES LEGALES.—**Pár. 1.°**—*Fuero Real, lib. III, título VI, ley* 17.—Maguer que el fijo que no es de *bendicion* no debe heredar, segun que manda la ley; pero si el Rey le quisiere facer merced, pueda le *facer legitimo* ó sea heredero tambien como si fuese de mujer de *bendicion:* ca asi como el Apostolico ha poder llenamente en lo espiritual, asi lo ha el Rey en lo temporal: e como el Apostolico puede legitimar aquel que *no es legitimo* para haber Ordenes, e Beneficio, asi lo puede legitimar el Rey para heredar, e para las otras cosas temporales.

Partida 4.ª, *tit. XV, ley* 4.ª—Otrosi el *Papa puede legitimar á home que sea libre, quier sea fijo de clérigo ó de lego*, de guisa que pueden ser clérigos los que legitimare, e sobir e haber dignidades... E maguer dispense con ellos para haber órdenes e las otras cosas sobre dichas, non puede dispensar quanto en las cosas temporales, fueras ende si fuesen de su temporal jurisdiccion. *Eso mesmo es si el Emperador ó el Rey legitimase á algunos*, ca maguer dispense con ellos quanto en la temporal jurisdiccion, non lo puede facer en las cosas espirituales que puedan ser clérigos ó beneficiados.

Párrafo 2.°—*Part.* 4.ª, *tit. XIV, ley* 1.ª—Ingenua mulier es llamada en latín, toda muger que desde su nascencia es siempre libre de toda seruidumbre, e que nunca fue sierua. E esta atal puede ser rescebida por barragana, segund las leyes; quier sea nascida de vil linage, o en vil logar; o sea mala de su cuerpo, quier non. E tomo este nome de dos palabras; de barra, que es de arauigo, que quier tanto dezir, como fuera, e gana, que es de ladino; que es por ganancia: e estas dos palabras ayuntadas, quieren tanto dezir, como ganancia que es focha fuera de mandamiento de Eglesia. E porende los que nascen de tales mugeres, son llamados fijos de ganancia. Otrosi puede ser rescibida por tal muger, tambien la que fuesse forra, como la sierua.

Partida 4.ª, *tit. XV, ley* 1.ª—Naturales, e non legitimos llamaron los sabios antiguos á los fijos que non nascen de casamiento segund ley: *assi como los que facen en las barraganas.*

Partida 6.ª, *tit. XIII, ley* 8.ª—Sin testamento moriendo algund home que non dexase fijos legítimos, *su fijo natural que hobiese*

habido de alguna muger de que non fuese dubda que la él tenia por suya, et que fuese el hijo engendrado en tiempo que el non hobiese muger legitima nin ella otrosi marido, tal hijo como éste puede heredar las dos partes de las doce de todos los bienes de su padre, e él e su madre deben partir estas dos partes igualmente.

Nov. Recop., libro X, tit. V, ley 1.ª (*ley* 11 *de Toro*).—Porque no se pueda dudar quales son hijos naturales, ordenamos y mandamos que entonces se digan ser los hijcs naturales cuando al tiempo que nascieren ó fueren concebidos, sus padres podían casar con sus madres justamente sin dispensacion, con tanto que el padre lo reconozca por su hijo, puesto que no haya tenido la muger de quien lo hubo en su casa, ni sea una sola; concurriendo en el hijo las qualidades susodichas, mandamos que sea hijo natural.

Real Cédula de 6 *de Julio de* 1803.—Declara que una hija habida de padre viudo y madre soltera, parientes afines y consanguíneos en grado prohibido, debe considerarse legitimada por el subsiguiente matrimonio que contrajeron sus padres con dispensación apostólica, y que por consiguiente no necesitaba de la Real Cédula de legitimación, por privilegio ó rescripto que solicitaba.

Real Cédula de 11 *de Enero de* 1837.—Se refiere á un caso semejante al resuelto por la anterior (hijo incestuoso habido con una hermana de la esposa premuerta), y contiene igual declaración.

COMENTARIO.—El artículo comprende dos extremos importantes: primero, qué hijos pueden ser legitimados; segundo, cuáles se entienden naturales. De cada uno de ellos trataremos separadamente.

Respecto del primero, el Código se aparta en absoluto de todos sus precedentes, salvo en lo relativo á los incestuosos. El Fuero Real decía que podían legitimarse los hijos que no fueren de bendición sin establecer diferencia alguna en ellos; las Partidas (ley 4.ª del tít. XV de la 4.ª) manifestaban que el Papa podía legitimar á todo hombre aunque fuese hijo de clérigo, facultad que tenía asimismo el Rey ó Emperador; las Reales Cédulas de 6 de Julio de 1803 y 11 de Enero de 1837 contenían igual declaración sobre los hijos incestuosos. Además, en cuanto

á éstos, la sentencia de 20 de Junio de 1865 determinó que «si bien antes de la publicación de las Reales Cédulas de 6 de Julio de 1803 y 11 de Enero de 1837 fué varia la jurisprudencia de los Tribunales respecto á la aptitud legal de los hijos incestuosos para ser legitimados por subsiguiente matrimonio celebrado con dispensación apostólica, hoy dicha jurisprudencia se ha uniformado y no puede ponerse en duda que los hijos incestuosos pasan á la condición de legítimos por *subsiguiente matrimonio*, doctrina establecida también en la de 12 de Diciembre de igual año. «Por último, concerniente á los adulterinos, la misma ley 11 de Toro favorecía de un modo directo su legitimación por la mera circunstancia de los dos tiempos, el de la concepción ó el del parto, que requería disyuntiva no conjuntivamente, puesto que conforme á la misma era natural el hijo concebido en adulterio, pero cuyo nacimiento se verificase en época en que el padre ó madre casado era ya viudo, y libre por tanto para casarse.

El Código prescinde, como ya hemos dicho al principio, de todos los precedentes históricos, destruye los caminos más ó menos ocultos que conducían á la legitimación de las diversas clases de hijos propiamente ilegítimos (ó sea de los no naturales), y cierra en este artículo las puertas secretas, si vale la frase, por las que entraban en el seno de la familia legítima. Déjalas abiertas solamente para los naturales.

No basta, sin embargo, la condición de hijo natural para considerarse legitimado. Es preciso, en todo caso, como demostramos en lugar oportuno, el reconocimiento del hijo.

Tiene por objeto el párrafo segundo del artículo expresar el concepto de hijos naturales, reputando como tal al nacido de padres que puedan casarse libremente, con dispensa ó sin ella, al tiempo de la concepción. El Código contiene, pues, diferencias profundas sobre este extremo con relación á la ley hasta ahora vigente, la 11 de Toro. Ésta exigía tres requisitos: 1.°, la libertad de los padres en uno de dos tiempos, en el de la concepción ó en el del parto; 2.°, esa misma libertad en cuanto al parentesco, esto es, no necesitar dispensa: y 3.°, el reconocimiento del hijo por el padre. Aquél requiere no más un requisito, el de la libertad de los padres en un solo tiempo, el de la concepción.

La circunstancia de señalar dos tiempos, como hacía la ley 11 de Toro, era en extremo favorable para los hijos; pero hay que

confesar que encerraba un precepto contrario en absoluto á la condición característica de los naturales, cual es la libertad de los padres sólo al tiempo en que fueron concebidos aquéllos. Ampliarla al tiempo del parto ó nacimiento equivalía á sancionar lo que hasta ahora ha venido sucediendo, á saber, considerar como hijos naturales á los adulterinos. Así, el hijo que un hombre tenía con una mujer soltera ó viuda, hallándose casado, era natural, si nacía en época en que, por haberse muerto la esposa del padre, éste adquiría el estado de viudo. Es decir, que este hijo podía llegar á ser legítimo cuando su existencia suponía la comisión de un delito.

La conjunción disyuntiva *ó*, que la ley de Toro empleaba con relación al tiempo, la ha trasladado el Código, con buen acuerdo, al requisito de la dispensa, y hoy es hijo natural el nacido de padres que al tiempo de la concepción podían casarse sin dispensa ó con ella, esto es, obteniéndola. El beneficio no alcanza, por lo tanto, á los hijos incestuosos en general, sino á los habidos entre parientes que pueden casarse una vez obtenida la correspondiente dispensa, ó sea á todos menos á los de la línea recta y los hermanos en la colateral, así como al parentesco llamado espiritual y al procedente de la adopción. (*Véase Matrimonio, tomo II. Dispensa de impedimentos.*)

Tampoco exige el Código el reconocimiento en cuanto al *hecho* de ser hijo natural. Lo considera sí necesario para los efectos jurídicos de ese mismo hecho, ó sea respecto de los *derechos* de tal hijo. La razón es obvia: la condición de natural no depende de un acto de la voluntad humana como el reconocimiento del padre, sino de un acto físico de haber nacido en época en que los padres podían casarse libremente; en cambio, el derecho inherente á esa condición supone la existencia jurídica de una persona de quien se haya de reclamar ese mismo derecho. Esa persona es el padre ó la madre, que sólo existe legalmente cuando el hijo ha sido reconocido por uno de ellos ó por ambos.

ART. 120. La legitimación tendrá lugar:

1.° Por el subsiguiente matrimonio de los padres.

2.° Por concesión Real.

Concordancias.—Análogo al pár. 1.° del art. 118 del proyecto de 1851, en cuanto á la legitimación por matrimonio, é igual al 99 del de 1882.

PRECEDENTES LEGALES.—*Fuero Real, lib. III, tit. VI, ley* 12.—Si home soltero con muger soltera ficiere fijos, e despues casare con ella, estos fijos sean herederos.

Lib. id., tit. id., ley 17.—...Pero si el Rey le quisiere hacer merced puedele facer legitimo ó sea heredero tambien como si fuesse de muger de bendicion, cá asi como el apostolico ha poder llenamente en lo espiritual, asi lo há el Rey en lo temporal... asi lo puede legitimar el Rey para heredar, é para las otros cosas temporales.

Partida 4.ª, *tit. XIII, ley* 1.ª—Otrosi son legitimos los fijos que home há en la muger que tiene por barragana, si despues desso se casa con ella. Ca maguer estos fijos atales no son legitimos quando nascen, tan gran fuerça há el matrimonio, que luego que el padre é la madre son casados, se fazen por ende los fijos legitimos. Eso mismo seria, si alguno ouiesse fijo de su sierua, é despues desso se casasse con ella. Ca tan grand fuerza há el matrimonio, que luego ques fecho, es la madre por ende libre é los fijos legitimos.

Partida id., tit. XV, ley 4.ª—Piden merced los homes á los Emperadores é á los Reyes en cuyo Señorio biuen que les fagan sus fijos que han de barraganas legitimos. E si caben su ruego é los legitiman, son dende legitimos adelante, é han todas las honras, é los proes que han los fijos que nascen de casamiento derecho...

Partida id., tit. XV, ley 5.ª—Amiga teniendo alguno, que non fuesse sierua en lugar de muger, de que ouisse fijo natural; si tal fijo como este lleuare su padre á la Corte del Emperador, o del Rey, o al Concejo de la Ciudad, o Villa, donde fuere, ó en cuyo termino morasse, o a otra Ciudad, o Villa cualquier, ma-

guer non more en ella, nin en su termino; e dixesse publicamente ante todos: Este es mi fijo que es de tal muger, e dolo a seruicio deste Concejo: por estas palabras lo faze legitimo; solamente, que aquel fijo que da, assi lo otorgue, e non lo contradiga. E lo que dize de suso, que puede el padre legitimar tal fijo como este, assi como sobredicho es, entiendese que lo puede fazer, quier aya otros fijos de muger legitima, quier non; fueras ende, si la amiga de quien ouiese el fijo, fuesse sierua. Ca el fijo de la sierua non le podría legitimar en esta manera, auiendo otros fijos legitimos. Pero si los non ouviesse, entonce poderlo y a fazer, aforrandola primeramente.

COMENTARIO.—El artículo, cuya doctrina es clara, obedece por completo á sus precedentes patrios al admitir los dos modos de legitimación establecidos en el antiguo derecho: el subsiguiente matrimonio y la concesión real.

Siendo el matrimonio la fuente de la legítima, lógico es que su celebración purifique y lave á los hijos naturales del pecado legal de la ilegitimidad con que vienen al mundo. Ningún medio más racional que éste para regular la condición jurídica de los hijos, y por eso el legislador le ha concedido siempre grandes é importantes efectos, tales como equiparar á los hijos legitimados con los legítimos y hacer extensivos los beneficios de la legitimación á los descendientes de los fallecidos antes del casamiento.

Si están de acuerdo las distintas legislaciones en aceptar el matrimonio como medio de legitimación, no lo están todas (Guatemala, Méjico, Portugal y otras) en permitirla además por decisión emanada del Jefe del Estado y poder supremo. Esta misma diversidad de criterio induce á preguntar: ¿Debe admitirse este medio de legitimación? En buenos principios de justicia, no. La legitimidad es una cualidad que no se *hace* en cada caso particular y concreto, sino que *nace* en general con el matrimonio. De aquí que sólo mediante la celebración de éste pueda aquélla adquirirse. Ahora bien: hay circunstancias en que el casamiento no puede tener lugar aunque lo deseen los padres, por ejemplo: en el caso de que uno de ellos esté casado ó se haya muerto; y entonces, ¿por qué no permitir que aquel padre ó aquella madre puedan conceder á su hijo la calidad de legítimo, con los

beneficios inherentes á la misma, si no hay nada que se oponga á ello? Cierto es que esto puede conducir á la realización de algún abuso, pero nunca debe ser razón bastante para impedir el ejercicio de un derecho, las extralimitaciones más ó menos probables del mismo. Nosotros estamos conformes con el Código en admitir la legitimación por concesión del poder gubernamental, si bien sólo y en el modo que lo hace, esto es, como supletoria para el caso en que no sea posible el subsiguiente matrimonio, y con los demás requisitos que preceptúa el art. 125.

El Código no admite la legitimación establecida en la ley 5.ª, título XV de la Part. 4.ª, inserta en los precedentes legales del artículo, equivalente á la de *oblación á la curia* del derecho romano, y que estaba en completo desuso dentro del nuestro.

El artículo no dice legitimación por matrimonio, sino que antepone á este sustantivo el adjetivo *subsiguiente*, que significa lo que sigue *inmediatamente* á otra cosa. ¿Quiere decir esto que la legitimación no tiene lugar si entre el nacimiento de los hijos y el matrimonio de los padres ha mediado algún otro? Por ejemplo: un varón y una mujer tienen varios hijos naturales y el varón se casa con otra mujer. Muerta ésta, queda aquél viudo y se casa con la mujer de quien tuvo los hijos naturales. ¿Se legitimarán éstos? Así lo creemos nosotros, pues al decir subsiguiente matrimonio refiérese al posterior, al que celebren los padres después del nacimiento. Los padres son libres en tal momento; las segundas ó posteriores nupcias están permitidas por la ley, y no hay razón alguna para que, pudiéndose casar con aquella mujer, los beneficios no alcancen á los hijos. Sostener otra cosa equivaldría además á infringir el principio de derecho de que las leyes deben restringirse en lo odioso y ampliarse en lo favorable.

El Código de Guatemala (*art.* 218) y el de Méjico (*art.* 353) resuelven esta cuestión directamente y en el sentido expuesto por nosotros, diciendo que «la legitimación por subsiguiente matrimonio produce sus efectos, aunque entre él y el nacimiento de los hijos haya habido otro matrimonio».

ART. 121. Sólo se considerarán legitimados por subsiguiente matrimonio los hijos que hayan sido reconocidos por los padres antes ó después de celebrado.

Concordancias.—Análogo al art. 119 del proyecto de Código de 1851 en cuanto á la circunstancia de exigir el reconocimiento no respecto de la época del mismo, y al 100 del de 1882.

PRECEDENTES LEGALES.—*Nov. Recop., lib. X, tit. V, ley* 1.ª (*Ley* 11 *de Toro.*)—...Con tanto que el padre lo *reconozca* por su hijo... (*Véanse precedentes del art.* 119.)

COMENTARIO.—Proclama este artículo la necesidad del requisito del reconocimiento para que los beneficios de la legitimación por subsiguiente matrimonio se extiendan á los hijos naturales. El Código, como hemos dicho en el art. 119, no exige dicho requisito como inherente á la condición de hijo natural, según hacía la ley 11 de Toro, pero le da, de un modo indirecto, el carácter de indispensable por lo expresado en este artículo y en el 134, en que sólo concede derechos al hijo natural reconocido.

El reconocimiento, como lo preceptúa bien claramente el Código, deberán efectuarlo ambos padres, ya anterior, ya posteriormente á la celebración del matrimonio y en la forma que determina el art. 131.

No surge duda ninguna relativa al extremo del reconocimiento verificado antes del matrimonio; pero sí con relación al que, según el artículo, puede verificarse después. El art. 67 de la ley del Registro civil, refiriéndose á las circunstancias que deberán expresar los asientos ó inscripciones de matrimonio, enumera en el caso 9.º lo siguiente: *Los nombres de los hijos naturales que por el matrimonio se legitiman y que los contrayentes hayan manifestado haber tenido*, y la observación 3.ª para la redacción del acta de celebración del matrimonio canónico de la instrucción de 26 de Abril de 1889 (tomo II), dice que *si los contrayentes manifestaren tener hijos naturales que hayan de legitimarse por el matrimonio, se consignarán la manifestación y los nombres de éstos.* Y aquí nace la cuestión. Si los padres han reconocido sus hijos

naturales con anterioridad al matrimonio, ¿bastará la manifestación de que hablan los citados artículos 67 y observación 3.ª y la consignación de la misma para el efecto de estimar reconocidos á los hijos naturales existentes, ó precisará además que una vez celebrado el matrimonio los reconozcan expresamente en escritura pública? En nuestro sentir, basta dicha manifestación. Reconocer un hijo no es otra cosa que establecer su identidad, y reconocimiento es, por tanto, la afirmación que hace una persona de que el hijo de que se trata es suyo. Ahora bien: la manifestación que en el acto del matrimonio hagan los padres, de los hijos naturales que hubieren tenido y de los nombres de estos hijos, que, como dicen tanto el art. 67 de la ley del Registro como la observación 3.ª de la citada instrucción, se han de legitimar por el matrimonio, ¿á qué equivale y qué implica sino el reconocimiento de los mismos? ¿Por qué permiten consignar en el asiento ó en el acta tal manifestación? Precisamente porque declaran, y en su consecuencia reconocen, que aquellos son sus hijos. Si no los considerasen y reconocieran con esta calidad, no lo harían.

Además, y llevando hasta el último extremo esta consideración, vemos que tanto la inscripción del matrimonio en el Registro, como el acta del mismo, se realizan *después* de celebrado aquél. Así lo demuestran el art. 66 de la ley de Registro civil, que dice que «inmediatamente *después* de la celebración del matrimonio se procederá á su inscripción», y el 9.º de la citada instrucción de 26 de Abril, que preceptúa que «*una vez terminada* la celebración del matrimonio, el Juez municipal extenderá la oportuna acta en el libro correspondiente del Registro». El momento, pues, en que se consigna en un documento *público* la manifestación de los padres acerca de si tienen hijos naturales, es *posterior* á la celebración del matrimonio, confirmando así nuestra opinión.

El Código, sin embargo, parece exigir que el reconocimiento se verifique después de celebrado el matrimonio en un acto independiente de este mismo.

El Código ¿ha debido admitir el reconocimiento posterior al casamiento? Con arreglo á la esencia y naturaleza de la legitimidad, creemos que no. La legitimidad nace con el matrimonio; por tanto, bien antes de él, bien en el mismo momento de su ce-

lebración, es cuando debía tener lugar el reconocimiento, sirviendo para esto las manifestaciones ya indicadas que precisa hacer en tal acto ú otras expresas. Así lo preceptuaba el proyecto de 1851 en su art. 119, y lo expresan, entre otros, los Códigos de Bélgica y Francia. Si el hecho de contraer matrimonio supone ya la libertad de ambos cónyuges y el deseo de legalizar su situación y la de los hijos existentes, ¿para qué dilatar esto último? ¿Por qué establecer ese tiempo intermedio entre la fecha del enlace y la del reconocimiento posterior, para luego, y verificado éste, retroceder á la primera? El artículo tiende, á no dudarlo, y aplaudimos esta intención, á favorecer á los hijos permitiendo su reconocimiento en toda ocasión, pero resultaría más propio lo expuesto por nosotros, porque esto impediría que se concediera el derecho de reconocerlo con posterioridad al casamiento, siempre que no *hubiera sido posible* antes de su celebración ó al tiempo de la misma.

ART. 122. Los legitimados por subsiguiente matrimonio disfrutarán de los mismos derechos que los hijos legítimos.

Concordancias.—Igual al art. 120 del proyecto de 1851 y al 101 del de 1882.

PRECEDENTES LEGALES.— *Fuero Real, libro III, tit. VI, leyes* 2.ª *y* 17 (*id. art.* 120).

Partida 4.ª, *tit. XV, ley* 4.ª (*id.*).

Partida 4.ª, *tit. XV, ley* 9.ª—A los legitimados nasce de la legitimacion que les facen muy grand pro; ca despues que lo son por cualquier de las maneras sobredichas, fueras ende en la que face el Papa, segund dice en la sexta ley antes de esta, pueden ser herederos de todos los bienes de sus padres, si los padres fijos legítimos non hobieren, e si los hobieren, heredarán su parte tambien como los otros fijos que hobieren de mugeres legitimas, fueras ende en la manera que dice en la ley antes desta, do dice cuando el fijo de algund home se ofresce él mesmo á ser-

vicio de la corte del Emperador, ó del Rey, ó al concejo de alguna ciudad ó villa. E aun les nasce otra pro de la legitimacion; ca pueden ser cadidos á todas las honras e á todos los fechos temporales, también como los otros fijos que nascen de las mugeres legitimas.

COMENTARIO.—De rigor era que el Código proclamase en este artículo el principio de la igualdad entre los hijos legítimos y los legitimados que abonaban de consuno la justicia y la tradición del derecho derogado. La jurisprudencia había confirmado á su vez esta misma doctrina en las sentencias de 24 de Abril y 17 de Junio de 1861, que decían que «los hijos legitimados por subsiguiente matrimonio son legítimos, según la ley 1.ª, tít. XIII, Partida 4.ª, y merecen igual concepto que éstos para todos los efectos civiles, existiendo perfecta igualdad entre unos y otros.»

Los derechos consiguientes á la legitimación, ó sea los que les corresponden en concepto de legítimos, no empiezan respecto de ellos sino desde la fecha del matrimonio, conforme expresa el artículo siguiente. Respecto á cuáles sean esos derechos, quedan expuestos en el epígrafe *Derecho vigente* del art. 114, referente á los hijos legítimos.

Innecesario es decir que si se equiparan á los hijos legítimos en cuanto á los derechos, existe la misma igualdad en cuanto á las obligaciones.

ART. 123. La legitimación surtirá sus efectos en todo caso desde la fecha del matrimonio.

Concordancias.—Igual al art. 102 del proyecto de Código de 1882.

PRECEDENTES LEGALES.—*Part.* 4.ª, *tit. XIII, ley* 1.ª (*Véanse los precedentes del art.* 120.)

COMENTARIO.—La doctrina especial del artículo es consecuencia lógica de la general sobre la legitimación por subsiguiente matrimonio. Si la celebración de éste es la causa determinante

del cambio de la condición de los hijos, los efectos de esa causa han de surtir desde el momento en que la misma se origina ó produce. Así, si uno de los padres muere antes del casamiento, la herencia se deferirá de conformidad con las reglas señaladas para la sucesión ilegítima, en tanto que si fallece después se acomodará á la establecida para la legítima, y la porción hereditaria de los hijos será diferente también en uno y en otro caso.

Del mismo modo, en el caso primero, si uno de los hijos es menor, el consejo de familia se constituirá de la manera que determina el art. 302 del Código, y los padres tendrán sobre los bienes de los hijos los derechos consignados en el art. 166, mientras que en el segundo, ó sea contraído el matrimonio, regirán los artículos 293 á 301, y los derechos antes citados serán los contenidos en el art. 160.

Para considerar legitimado por subsiguiente matrimonio al hijo, exige el art. 121 que haya sido reconocido por los padres antes *ó después* del casamiento. Sentado esto y haciendo aquí caso omiso de las consideraciones expuestas sobre el reconocimiento en el comentario del citado artículo, y ateniéndonos al texto literal del mismo artículo, preguntamos: si el reconocimiento se verifica después del matrimonio, ¿á partir de qué momento surtirá sus efectos la legitimación: desde el del matrimonio ó el del reconocimiento? Con fundamento puede afirmarse que desde el matrimonio. La legitimación en este caso adolece de un defecto subsanable, y una vez corregido desaparecen sus efectos, retrotrayéndose los de aquélla (á semejanza de las inscripciones) á la fecha del casamiento. Se trata, en realidad, de un derecho condicional, del derecho que tienen los hijos naturales á gozar de los beneficios de la legitimidad cumplida que sea la condición del reconocimiento, y sabido es, y así lo proclama el artículo 1.120 del Código, cuyo precepto cabe aplicar al menos por analogía, que los efectos de la obligación condicional de dar, una vez cumplida la condición, se retrotraen al día de la constitución de aquélla. Además, el mismo artículo viene á confirmar nuestro aserto al decir que la legitimación surtirá sus efectos *en todo caso*, esto es, siempre desde la fecha del matrimonio. El Código no quiere extender las consecuencias de la legitimación á la época anterior al matrimonio, y por eso fija como momento, á partir del cual surte aquélla sus efectos, en todo caso el de la fe-

cha de la celebración de aquél. Esta duda la salva de un modo expreso el Código mejicano, que en su art. 359 establece que «los hijos legitimados tienen los mismos derechos que los legítimos, y los adquieren desde el día en que se celebró el matrimonio de sus padres, aunque el *reconocimiento sea posterior*.

Puede ocurrir también un caso digno de estudio, el de que después de celebrado el matrimonio muera uno ó ambos padres abintestato sin haber reconocido aun los hijos que hubiesen tenido con anterioridad á aquél, y en este caso, sobre todo si existen ascendientes, surge la duda de cuál será su derecho sucesorio; más claro, si tendrán derecho á la herencia en concepto de legítimos ó en el de naturales.

Esta cuestión se encuentra en íntima relación y estrecho consorcio con la doctrina del art. 121 y con el alcance y sentido de sus palabras. Si de conformidad con lo que exponíamos en él (*véase el artículo*), se entiende que el matrimonio lleva implícitamente el reconocimiento de los hijos naturales, si en el acto de su celebración se manifiesta que existen algunos de esta calidad y el nombre de los mismos (en virtud de lo dispuesto en el art. 67 de la ley de Registro civil y observación tercera para la redacción del acta de celebración del matrimonio canónico conforme á la instrucción de 26 de Abril de 1889), los hijos han de estimarse legitimados y su derecho hereditario se determinará con arreglo á esta condición. Si, por el contrario, se atiende al texto literal del artículo 121, que considera legitimado por subsiguiente matrimonio *sólo* al que haya sido reconocido antes ó después del casamiento, excluyendo á los demás por cuanto que exige como requisito indispensable el reconocimiento, no habrá más remedio que imponer á los hijos no reconocidos, aunque sus padres se hayan casado, el concepto y la condición de ilegítimo natural.

El precepto resulta duro y cruel, acaso contra la voluntad del legislador, y no sólo esto, sino antijurídico. Reúne las dos primeras condiciones porque el hijo, en el caso á que nos venimos refiriendo, tendrá la cualidad de hijo *natural no reconocido*, ó sea la de un ilegítimo, á pesar del matrimonio de sus padres, y carece de todo derecho á la herencia, gozando sólo del de alimentos, según prescriben los artículos 139 y 845, en tanto que el *natural reconocido*, sin que medie el matrimonio de sus padres, disfruta de los derechos hereditarios que establecen los artículos 840

al 843 inclusive, y sucede abintestato á falta de descendientes y ascendientes legítimos.

De estas consideraciones se deriva la otra, porque poco ajustado á derecho es que produzca efectos más beneficiosos á los hijos el reconocimiento por parte de sus padres que no el matrimonio de éstos, cuando el vínculo conyugal ha sido siempre, dada la organización actual de la familia, la causa primera de la legitimidad y el tronco de donde ésta ha arrancado, dando como resultado que la ley, de seguro, como hemos dicho antes, en oposición al propósito é idea de su autor, se presente restando valor y eficacia al matrimonio para concedérselo á las uniones ilegales.

Tal vez se tachen de exageradas y caprichosas las palabras mencionadas y de infundadas las dudas que nos asaltan, pero á fin de desvanecer la más ligera sospecha y evidenciar lo probable de las mismas, basta presentar un ejemplo, el del matrimonio *in articulo mortis*. Existen un varón y una mujer solteros, que tienen hijos naturales *no reconocidos*. Uno de ellos es atacado de violenta enfermedad que pone en inminente peligro su vida. En esta situación y ante el temor de un rápido y funesto desenlace, celebran matrimonio *in articulo mortis* sin que haya lugar al reconocimiento de los hijos, pues el fin temido sobreviene y el enfermo fallece á seguida de contraído el matrimonio. ¿Qué sucederá en este caso? Que á pesar de que el reconocimiento ha sido omitido, no por culpa de los padres, sino por lo fatal y crítico de las circunstancias, aquellos hijos se encuentran condenados á ilegitimidad perpetua ó, cuando más, podrán aspirar á la legitimación de segundo grado, que pudiéramos decir, esto es, á la legitimación graciosa ó por concesión Real.

Censuramos, pues, de un modo enérgico la redacción y el espíritu del art. 121, por las consecuencias que de él se deducen, con relación á la doctrina del que criticamos, y no nos cansaremos de repetir nuestra animadversión respecto del adverbio «sólo» que consta en aquél, por truncar en absoluto y destruir por su base toda teoría de legitimación.

Para evitar este defecto, ó se debiera exigir el reconocimiento de los hijos como requisito previo al matrimonio (si no lo estuvieren ya), ó afirmar que la manifestación de los padres en el acto del matrimonio de la existencia de hijos naturales y del

nombre de éstos implicaba su reconocimiento, como lo es en realidad, puesto que aquél se lleva casi siempre á efecto con la intención de normalizar y legitimar la situación de la familia, y por ende la de los hijos.

El Código calla sobre un extremo importante: el de la situación de los hijos naturales legitimados por subsiguiente matrimonio en el caso en que éste fuese declarado nulo. Un ejemplo facilitará el planteamiento y la resolución de la duda.

Dos personas solteras, varón y mujer, tienen varios hijos naturales reconocidos. El varón se casa con mujer distinta de aquella con la que ha tenido los hijos, y estando subsistente este matrimonio, celebra otro con la primera; esto es, con la madre de los expresados hijos, delito de bigamia comprendido en el art. 486 del Código penal. Con posterioridad á su celebración descúbrese la existencia del anterior no disuelto y se declara la nulidad del segundo. Esos hijos naturales, puesto que fueron concebidos en tiempo que los padres podían casarse libremente, y que se legitimaron por el subsiguiente matrimonio, ¿continuarán con esta condición ó readquirirán la de naturales? A primera vista parece que han de seguir gozando de la cualidad de legítimos, bien por el mismo hecho del matrimonio, bien por lo dispuesto en el artículo 69, que concede siempre efectos civiles al matrimonio nulo respecto de los hijos, aun en el caso de mala fe por parte de ambos padres; pero examinando más á fondo la cuestión, precisa aceptar lo segundo. El art. 69 habla de los hijos nacidos *después* del matrimonio, al amparo de la legalidad del mismo, y no es posible destruir, á menos de proceder con tiranía, la legitimidad adquirida por el mero hecho del nacimiento *dentro* de aquél, y que por esta sola circunstancia la poseen siempre, aunque el vínculo se extinga. La condición de los legitimados es completamente distinta. Han nacido *fuera* del matrimonio, y si adquieren la calidad de legítimos, es por consideración al casamiento; así es que únicamente pueden estimarse con tal carácter en tanto que aquél subsista. Con relación á estos mismos, el matrimonio es *el medio* para conseguir *un fin*, la legitimación, que á su vez es el *efecto* de una causa, la celebración de aquél. Por tanto, anulada la causa ó subsistente el medio, ni puede producirse el efecto ni conseguirse el fin.

Otros razonamientos pueden hacerse acerca de la importante

cuestión que se debate. El Código señala como momento, á partir del cual se derivan las consecuencias legales del subsiguiente matrimonio, el de la celebración de éste. Es decir, que esta fecha constituye el punto de partida de una nueva época ó fase en la condición legal de los hijos, distinta y opuesta á la anterior. Pues bien: desde el instante en que el matrimonio se invalida desaparece aquella fecha para aparecer en su lugar otra, la del nacimiento de los hijos, y las dos épocas que se distinguían quedan reducidas á una sola, la que arranca del expresado nacimiento. Como consecuencia de esto, los efectos legales en cuanto á la calidad de los hijos habrá que deducirlos de la que tuvieran en este último momento, no de la que ya no existe, porque se ha borrado. En una palabra: la legitimación requiere como requisito *sine qua non* la existencia del matrimonio; cuando éste muere, aquélla se extingue también.

Estas son las conclusiones que deducimos en vista de la esencia y naturaleza de la legitimación. Como hijas de nuestro criterio particular, no son infalibles, y acaso sean inciertas. Es más; desearíamos verlas desmentidas algún día por resoluciones del Supremo Tribunal de Justicia, por lo que esto supondría en pro de los hijos naturales. Lo que sí lamentamos y censuraremos siempre es el silencio del Código, tanto menos comprensible, cuanto que los de otras naciones han resuelto la duda que nos asalta, cuya gravedad y transcendencia se observan desde luego. El art. 259 del de Guatemala y el 354 del de Méjico establecen que «el subsiguiente matrimonio legitima á los hijos, aunque sea declarado nulo, si uno de los cónyuges, por lo menos, tuvo buena fe al tiempo de celebrarlo.»

Esta misma circunstancia de hacer el legislador (bien que no sea el de nuestra patria) una declaración expresa, viene á confirmar lo manifestado por nosotros, puesto que demuestra que de haberla omitido no regiría el precepto que la misma contiene, sino el contrario. Si el autor de la ley en Méjico y Guatemala hubiera entendido que el silencio de ésta (como el de nuestro Código) podría interpretarse sin duda alguna en el sentido que lo hacen los citados artículos 259 y 354, no hubiese establecido la disposición de éstos, que constituiría una verdadera redundancia. Pero no es así: lo que ha hecho no es más que señalar á la nulidad del matrimonio unos efectos respecto de los hijos que en otro caso

no tendrían lugar, dados el carácter y naturaleza de la legitimación.

Hasta aquí hemos venido hablando de los hijos nacidos *antes* del matrimonio nulo; pero muy bien puede darse el caso de que *dentro* de ese matrimonio nazcan otros hijos. ¿Serán éstos legítimos? La contestación se encuentra en el estudio de dos artículos del mismo Código, el 51 y el 69, dependiendo el que sea afirmativa ó negativa de la interpretación que á los mismos se dé. Si se entiende que al negar el primero toda clase de efectos civiles al matrimonio contraído por quien esté casado legítimamente ha establecido una excepción de la doctrina del segundo, habrá que responder negativamente. Si se considera, como pensamos nosotros, que el precepto del 69 no puede ser derogado ó modificado en modo alguno por el 51, porque lo impiden de consuno su letra, su espíritu y la justicia de su disposición, deberá contestarse en términos afirmativos. Literalmente dice que el matrimonio nulo, cualquiera que sea la causa de nulidad, puesto que no desciende á detallarla, produce siempre efectos civiles respecto de los hijos; su intención no es otra que conceder esos mismos efectos, dado que al fin y al cabo se trata del vínculo matrimonial, de intereses y derechos creados al amparo de una unión, que ha sido legal hasta que no ha sido declarada su nulidad; lo justo de su principio se comprende, como hicimos notar en el comentario del art. 51, al examinar el caso de la buena fe de uno de los cónyuges, de una mujer que haya celebrado el matrimonio ignorando que estuviere casado su esposo. Según el artículo 51, tal matrimonio no producirá ningún efecto civil, ni para la mujer ni para los hijos, puesto que establece la negación en términos absolutos, sin distinguir entre la buena ó mala fe, y aquella mujer no tendrá alguno y los hijos serán ilegítimos. Esto repele al buen sentido y á la equidad, y lo rechaza el artículo 69, que copia (menos en el último párrafo, que es nuevo) á sus precedentes los artículos 94, 95 y 96 de la ley de Matrimonio civil.

El art. 69 contiene un precepto general que constituye la ley especial sobre los efectos de la nulidad del matrimonio, y á ella hay que atenerse. Si verdaderamente el art. 51 fuera una excepción del 69 (y esto es lo único admisible), debiera haberse hecho constar en éste, diciendo en un último párrafo: «Lo dispuesto

se entiende sin perjuicio del precepto del art. 51.º, ó de este modo: «Se exceptúa de esto lo dispuesto en el art. 51», ó en términos más expresos: «Cuando la nulidad del matrimonio provenga de la existencia de vínculo legal no disuelto, el que se celebre subsistiendo el anterior no producirá ningún efecto civil.»

Ofrécese también otro argumento que, aunque á primera vista se presenta como adverso á la opinión que sustentamos, conviértese, estudiado con más detención, en favorable á la misma. El argumento en éste: se trata de hijos nacidos de padre ó padres que están casados, luego tales hijos son adulterinos y es imposible y hasta temerario hablar de su legitimidad. El razonamiento parece concluyente, pero á seguida cabe hacer una distinción. Los hijos adulterinos pueden nacer *dentro* ó *fuera* del matrimonio. Fuera, cuando, por ejemplo, un hombre casado tiene relaciones ilícitas con una mujer, y de ellas son fruto varios hijos; dentro, en el mismo caso que venimos exponiendo, cuando un varón casado celebra nuevo matrimonio, y de esta unión nacen también hijos. Ambos hijos llevarán el carácter de adulterinos en cuanto que al ser concebidos, su padre se hallaba casado con una mujer que no era su madre; ¿pero es idéntica la situación legal de unos y de otros? No. Los primeros son ilegítimos, tanto en consideración á la legítima esposa de su padre como con relación á sus mismos padres; los segundos serán ilegítimos respecto de dicha esposa y del matrimonio con que se halla ligado su padre; pero en lo concerniente á éste y á su madre son legítimos. Los unos han nacido *extramatrimonio;* los otros *intramatrimonio*, y proclamar la legitimidad de los nacidos dentro del mismo, es el fin del art. 69. De no ser así, sobra su precepto.

No pretendemos resolver la cuestión de suyo difícil y ardua. Sólo alegamos las razones que la misma nos sugiere, esperando que la jurisprudencia de los Tribunales interprete el verdadero sentido de los artículos 51 y 69, estableciendo la debida armonía entre ambos.

Como relacionados con estas consideraciones en lo relativo á la inscripción de la nulidad de los matrimonios, deben tenerse en cuenta, por ser de aplicación al caso, los artículos 73 y 74 de la ley del Registro civil.

ART. 124. La legitimación de los hijos que hubieser fallecido antes de celebrarse el matrimonio aprovechará á sus descendientes.

Concordancias.—Igual al art. 121 del proyecto de Código de 1851 y 103 del de 1882.

PRECEDENTES LEGALES.—*Ley 7.ª, tít. XX, libro X, Novísima Recopilación.* (*Ley 12 de Toro.*)—Si alguno fuese legitimado por rescripto ó privilegio nuestro, ó de los Reyes que de Nos vinieren, aunque sea legitimado para heredar los bienes de sus padres ó madres ó de sus abuelos, y despues su padre ó madre ó abuelos hubieren algún hijo ó nieto descendiente legítimo ó de legítimo matrimonio nascido, *ó legitimado por subsiguiente matrimonio*, el tal legitimado no puede suceder con los tales hijos ó descendientes legítimos en los bienes de sus padres ni madres ni de sus acendientes abintestato ni ex testamento; salvo si sus padres ó madres ó abuelos, en lo que cupiere en la quinta parte de sus bienes que podían mandar por su anima, le quisieren alguna cosa mandar, que hasta en la dicha quinta parte bien permitimos que sean capaces, y no más: pero en todas las otras cosas, así en suceder á los otros parientes, como en honras y preeminencias que han los hijos legítimos, mandamos que en ninguna cosa difieran de los hijos nascidos de legítimo matrimonio.

COMENTARIO.—Aunque de un modo indirecto, la ley 12 de Toro desenvolvía la misma doctrina del artículo, cuya justicia no necesita encomio.

Para que los efectos del matrimonio alcancen á los descendientes de los hijos premuertos, exige el Código, ó al menos parece exigir, que se legitime expresamente á los primeros. Queremos decir con esto que, según la interpretación que conforme á nuestro criterio merece el artículo, no basta la mera celebración del matrimonio para considerar legitimados á los descendientes de los hijos habidos antes de aquél y que hayan fallecido, sino que es menester que conste ó se efectúe de un modo directo su legitimación. En una palabra: que si ésta no tiene

lugar, los descendientes continuarán con la calidad de naturales.

¿A qué se refiere el artículo al hablar de legitimación tratándose de hijos fallecidos? No puede ser á otro extremo que al reconocimiento de los mismos, dado que éste es requisito indispensable, conforme al art. 121, para estimar legitimado á un hijo, y que no existe otro medio de legitimar á uno difunto. Por eso, lo que en nuestra opinión quiere expresar el artículo, es que reconocidos los hijos premuertos, se entienden legitimados sus descendientes.

¿Desde qué momento aprovechará á éstos la legitimación? La respuesta se impone por sí sola: desde la misma que á sus causahabientes, padres ó abuelos, de los que proviene su derecho para poder ser legitimados, ó sea desde la fecha del matrimonio, como dispone el art. 123.

ART. 125. Para la legitimación por concesión Real, deberán concurrir los requisitos siguientes:

1.° Que no sea posible la legitimación por subsiguiente matrimonio.

2.° Que se pida por los padres ó por uno de éstos.

3.° Que el padre ó madre que la pida no tenga hijos legítimos, ni legitimados por subsiguiente matrimonio, ni descendientes de ellos.

4.° Que, si el que la pide es casado, obtenga el consentimiento del otro cónyuge.

Concordancias.—Igual al art. 104 del proyecto de Código de 1882.

PRECEDENTES LEGALES.—*Ley* 17, *tit. VI, lib. III del Fuero Real.*—Maguer que el fijo que no es de bendicion no debe heredar, segun que manda la Ley; pero si el Rey le quisiere facer merced, puedale facer legitimo é sea heredero tambien como si fuese de muger de bendición: ca asi como el Apostolico ha poder llanamente en lo espiri-

tual, asi lo ha el Rey en lo temporal: é como el Apostolico puede legitimar aquel que no es legitimo para haber Ordenes, é Beneficio, asi lo puede legitimar el Rey para heredar, é para las otras cosas temporales.

Partida 4.ª, *tít. V, ley* 5.ª (*Véase art.* 120, *Precedentes legales.*)

Ley de 14 *de Abril de* 1838.—Artículo 1.° El Rey resuelve todas las instancias sobre los objetos siguientes: Emancipaciones; *legitimaciones de los hijos naturales según los define la ley* 1.ª, *tít. V, libro X de la Novísima Recopilación;* dispensas de edad para administrar sus bienes; dispensas de ley para que las viudas que pasen á segundas nupcias conserven la tutela; dispensas de examen á los Abogados para revalidarse de Escribanos; suplemento de falta de confirmación de privilegios; dispensa de formalidades en los oficios renunciables; facultad de nombrar teniente á los propietarios de oficios públicos enajenados; para examinarse en lugar distinto del designado por la ley ú ordenanza; para que los clérigos puedan abogar en lo civil, y, finalmente, toda dispensa que altere las condiciones reglamentarias de los citados oficios y profesiones ú otros semejantes.

Art. 2.° Para conceder las gracias de que trata el artículo anterior, deberán concurrir motivos justos y razonables justificados debidamente.

Art. 3.° No se concederá dispensa de edad para ejercer oficios de Escribano, Procurador, médico, cirujano, y otros de esta clase, ni la de los cursos académicos y años de práctica.

Art. 4.° El Gobierno no podrá relevar á los que obtengan cualquiera de las gracias mencionadas del pago de los derechos señalados en los aranceles ó tarifas vigentes sin el concurso de las Cortes.

COMENTARIO.—Determina este artículo los requisitos necesarios para que pueda tener lugar la legitimación por concesión Real. Cuatro son los que enumera, comprendidos en los correspondientes incisos del artículo, cada uno de los cuales estudiaremos separadamente.

El primero que señala es la no posibilidad del subsiguiente matrimonio en el momento en que se trate de verificar la legitimación. Añadimos estas últimas palabras, porque de entender otra cosa, esto es, de estimar que el precepto legal quiere decir

que la legitimación sea imposible, no ya sólo en el tiempo en que se desea obtener, sino en el posterior, resultará que no habría más que dos causas absolutas de imposibilidad de celebración del matrimonio: la muerte de uno de los cónyuges y la impotencia á que se refiere el caso 3.° del art. 84. Todas las demás serían relativas, simples impedimentos impedientes que pudiéramos decir. El hallarse ligado uno de los padres ó los dos con vínculo matrimonial, la locura y los impedimentos dispensables, no constituirían obstáculo á la legitimación, porque pueden desaparecer y permitir en época venidera la celebración del casamiento.

Esto no es admisible. El caso primero del artículo habla de la imposibilidad de presente, no de la posibilidad de futuro. Por eso todas las circunstancias mencionadas, tanto absolutas como relativas, son suficientes á determinar la concurrencia del primer requisito. Confirma esto el mismo requisito cuarto que habla del caso en que uno de los cónyuges esté casado. Si se refiriese á la imposibilidad absoluta de futuro no la permitiría, pues el matrimonio subsistente podía quedar disuelto por muerte de uno de los cónyuges, como acabamos de indicar, y celebrarse el subsiguiente para los efectos de la legitimación, si el supérstite era el padre de los hijos cuya legitimación se solicitó.

Es el segundo requisito, el que la legitimación se ha de pedir por los padres ó por uno de ellos. Si el que formula la petición es casado, obtendrá el consentimiento de su cónyuge, según exige el número 4.°, y lo mismo cabe afirmar cuando lo sean ambos solicitantes, á pesar de que el artículo omite este caso.

Refiérese el requisito tercero á la inexistencia de hijos legítimos, legitimados por subsiguiente matrimonio ó descendientes de ellos por parte del padre ó madre que la pida. El artículo habla otra vez en singular, de uno solo de los padres, cuando muy bien puede ocurrir que la pidan ambos y los dos estén casados. En este caso no es aventurado sostener que el requisito del inciso será extensivo á uno y otro.

El propósito del legislador al establecer este requisito, ha sido sin duda alguna el de favorecer en lo posible á los hijos legítimos y legitimados, restringiendo los casos en que puedan hacerles competencia (esta es la frase más exacta), en los derechos sucesorios los legitimados por concesión Real. Y en nuestro modo

de ver, tal propósito ha de verse defraudado por virtud de un principio aceptado por el Código, el de la igualdad de derechos de los hijos naturales reconocidos y de los legitimados por concesión Real.

Basta examinar los artículos 127 y 134, que determinan respectivamente los derechos de unos y de otros, y se observa dicha igualdad. Ambos pueden llevar el apellido de quien ó quienes los reconozcan, recibir alimentos de ellos, percibir la porción hereditaria señalada por el Código, que es la misma, según declara de un modo expreso el art. 844 (1), y por último, concurrir en igual grado á la sucesión intestada, conforme al 939 (2).

Ahora bien: ¿qué consecuencias se derivan de esto? Que teniendo idénticos derechos los hijos legitimados por concesión Real y los naturales reconocidos, es indiferente, con relación al legítimo y al legitimado por subsiguiente matrimonio, que concurran uno ú otro de aquéllos con él en una herencia, puesto que su porción hereditaria es la misma. Y como quiera que para reconocer á un hijo natural no exige la ley el requisito que para la legitimación preceptúa el caso 3.° del artículo que venimos examinando, y cabe, por tanto, que un padre ó una madre reconozca á un hijo natural aunque esté casado y *tenga hijos*, puesto que el Código no lo prohibe, resulta que los hijos legítimos y los legitimados por subsiguiente matrimonio no experimentarán, en efecto, perjuicio alguno por los derechos sucesorios del legitimado por concesión Real; pero sí podrán sufrirlo por los del natural reconocido, que son iguales á los de aquél.

Por eso no vemos con agrado el precepto del caso 3.° del artículo, pues sin evitar que por otro concepto se pueda perjudicar al hijo legítimo y al legitimado por casamiento, disminuyéndole su haber hereditario, no consigue sino entorpecer la legiti-

---

(1) Art. 844. La porción hereditaria de los legitimados por concesión Real será la *misma* establecida por la ley en favor de los hijos naturales reconocidos.

(2) Art. 939. A falta de descendientes y ascendientes legítimos, sucederán al difunto en el todo de la herencia los hijos naturales legalmente reconocidos y los legitimados por concesión Real.

mación por concesión Real, que ya de admitirla debía amparar en vez de restringir. Y no se alegue contra esto que la disposición del núm. 3.° del artículo comentado tiene por objeto proteger á los hijos legítimos y legitimados por matrimonio, no sólo en el aspecto económico, sino en el moral, á fin de evitar que en el seno de la familia figuren hijos de uniones ilegales al lado de aquéllos, porque precisamente el Código, apartándose de los precedentes históricos. ha proclamado el principio de la patria potestad sobre los naturales reconocidos (art. 154), y llevando ésta como inherente, respecto de los hijos, la obligación de residir en casa de los padres, claro es que si éstos, ó uno de ellos, tienen hijos legítimos y naturales reconocidos, todos han de vivir bajo un mismo techo.

¿A qué momento se refiere el caso que venimos examinando al prohibir la legitimación cuando existan hijos legítimos ó descendientes de los mismos? Indudablemente que á aquél en que se pide la legitimación, y así lo indica la redacción del caso del artículo. Pero si durante la sustanciación del expediente de legitimación nace algún hijo de la mujer con la que se halla casado el que lo ha promovido, ¿será posible continuarle y conceder la legitimación? Atendiendo á la letra, al texto literal del inciso objeto de nuestro estudio, sí, porque, como acabamos de manifestar, las mismas palabras que lo constituyen danlo á entender de un modo claro. Teniendo en cuenta la intención del legislador al establecer el requisito de la no existencia de hijos ó nietos legítimos y legitimados, que no puede ser otra que el no perjudicar á éstos (y claro es que el medio mejor de conseguirlo es el no permitir la legitimación), dedúcese la respuesta contraria. Sin embargo, parécenos que en la práctica prevalecerá la opinión primera.

Y, si después de legitimado un hijo natural nace del matrimonio con que se halla ligado el padre ó madre que lo legitimó un hijo, ¿se anulará la legitimación concedida? En modo alguno, Se trata ya de un derecho adquirido que no es posible destruir. de un acto efectuado con arreglo á la ley, y por tanto, válido, pues únicamente son nulos, según dispone el párrafo 1.° del artículo 4.°, los ejecutados contra lo dispuesto en ella.

Del cuarto caso hemos dicho algo ya al hablar del segundo, pero añadiremos otras consideraciones para evidenciar un de-

fecto grave que encierra. Dispone dicho caso, como sabemos, que si el que pide la legitimación es casado ha de obtener el consentimiento del otro cónyuge, deduciéndose de esto que si no lo obtiene, aquélla no puede tener lugar. Y aquí es donde encontramos el defecto en la circunstancia de hacer depender la legitimación, no de quien tiene interés directo y principal en ella, sino del de un tercero, defecto que, repetimos, es grave porque trunca, por decirlo así, el fundamento de la legitimación admitido por el Código, cual es la voluntad del padre ó de los padres.

Fácil es que en alguna ocasión el cónyuge que solicite la legitimación se halle separado del otro por sentencia firme de divorcio, y ocurre preguntar si en tal caso será necesario el consentimiento de éste. La respuesta creemos que debe ser negativa. El artículo al exigir el requisito, presupone la existencia del matrimonio, la unidad de éste, contituyendo una verdadera é independiente personalidad con todas sus consecuencias legales, y el divorcio, si bien no lleva consigo la disolución de aquél, supone el término, ó por lo menos la suspensión, de la vida jurídica de aquella personalidad colectiva y de sus efectos, y la destrucción de su unidad orgánica para convertirse en dos individualidades distintas, la del marido y la de la mujer, autónoma cada una en su esfera particular, con actividad propia y espontánea, salvo las excepciones que determina la misma ley.

Otra cuestión cabe plantear en la materia que estudiamos, á saber: ¿es ó no necesario el reconocimiento del hijo natural para el efecto de legitimarle por concesión Real? Induce á contestar de un modo negativo la circunstancia de que el Código no lo exige en este artículo, cuando lo hace respecto del subsiguiente matrimonio, como lo dice bien á las claras el art. 121. Además, ¿qué reconocimiento más expreso de la identidad de un hijo se quiere que el mismo hecho de pedir el padre ó la madre su legitimidad? ¿Solicitarían ésta cualquiera de ellos, ó ambos, si no considerasen al hijo como suyo? No, y es que tal petición implica de un modo necesario el reconocimiento del hijo, y tiene que partir de este supuesto, porque al pedirla forzosamente ha de expresarse que el hijo ó hijos son de la persona que hace aquélla.

Aunque el artículo no lo dice, compréndese que los hijos que se trate de legitimar por este medio han de tener la condición de

naturales con exclusión de cualquier otra, únicos que pueden serlo con arreglo al párrafo 1.° del art. 119.

¿Desde qué momento surtirá sus efectos la legitimación por concesión Real?

Si la legitimación por subsiguiente matrimonio los produce desde el de la celebración de éste, natural es que aquélla los surta desde el otorgamiento de la legitimación, que es la circunstancia determinante del cambio de condición de los hijos, que por virtud de la misma se convierten de naturales en legitimados, con todos los beneficios consiguientes.

Es indudable, por analogía con la legitimación por matrimonio, que la obtenida por concesión Real podrá aprovechar á los descendientes de los hijos naturales que hubiesen fallecido. No hay razón alguna para impedirlo, y existen, por el contrario, otras en pro; la igualdad de las circunstancias y la identidad del fundamento de la legitimación, ó sea la voluntad del padre ó padres que la soliciten.

La clase de legitimación objeto del artículo se ha combatido por los grandes abusos de que ha sido causa, permitiendo que alcanzasen sus beneficios hijos adulterinos y sacrílegos. Sin que seamos defensores de la misma, por las razones que en otro lugar quedan expuestas, entendemos que el mal ó el defecto no se encuentra en el *derecho* de legitimación, sino en el *hecho* de determinar si el hijo es ó no natural. En esto es donde cabe que ocurran abusos, es decir, en presentar como naturales hijos que tienen otra calidad.

Por consiguiente, si la legitimación por concesión Real da origen á los abusos que se enumeran (que no lo negamos), será, no por lo dispuesto en el artículo que estudiamos, sino por lo establecido en otros artículos del Código, como son, por ejemplo, el 130 y el 132.

Una vez legitimado por concesión Real el hijo natural, como quiera que constará inscrito en el Registro en el concepto de hijo natural, es procedente lo que establecen los artículos 60 en su núm. 1, y el 61 de la ley del Registro civil, que transcribiremos á continuación:

«Art. 60. Al margen de las partidas de nacimiento se anotarán sucintamente en uno de los dos libros ejemplares, que habrá de ser el que haya de archivarse en la misma oficina del Re-

gistro, los actos siguientes concernientes á las personas á quienes aquéllos se refieran.—1.° Las legitimaciones.

Art. 61. Cuando los actos mencionados en el artículo anterior constasen por documento otorgado ante Notario público, éste deberá ponerlo en conocimiento del Juez municipal en cuyo Registro se hallase inscrito el nacimiento del interesado, ó de la Dirección general en su caso, para que haga la correspondiente anotación marginal, remitiéndole al efecto testimonio en relación del documento otorgado.

Si dichos actos constasen por ejecutoria ó por decreto de la Administración superior del Estado, ó por inscripción hecha en el Registro civil, cumplirán la obligación impuesta en el párrafo anterior el Tribunal ó Autoridad administrativa que hubiesen dictado la sentencia ó decreto que se debe anotar, ó el encargado del Registro que hubiese formalizado dicha inscripción, debiéndose siempre acompañar al aviso la oportuna certificación ó testimonio á que la anotación se haya de referir.»

Esto es aplicable también al caso de la legitimación por subsiguiente matrimonio.

¿Cuál es el procedimiento para obtener la legitimación por concesión Real? Equivale ésta á una gracia al sacar de las enumeradas en la ley de 14 de Abril de 1838, á una dispensa de ley, por lo que rigen las disposiciones de la ley de Enjuiciamiento civil sobre informaciones para tales dispensas, que insertamos en el Apéndice correspondiente.

El art. 1.980 de la citada ley de Enjuiciamiento dice que no podrán recibirse las informaciones que tengan por objeto una dispensa de ley, sino en virtud de Real orden comunicada al Juez por su superior inmediato, ó sea el Presidente de la Audiencia á que corresponda. De esto se deduce que como preliminar á la información, es necesario obtener una Real orden del Ministro de Gracia y Justicia sobre el particular, recaída en virtud de la oportuna instancia dirigida al mismo.

Derecho vigente.—*Civil.*—Son requisitos necesarios para la legitimación por concesión Real los siguientes: *Positivos.* 1.° Que se pida por los padres ó por uno de ellos. 2.° Que se haya obtenido el consentimiento del otro cónyuge si el que la pide ó los que la piden (si la solicitan ambos cónyuges) son casados. *Negativos.* 1.° Que no sea posible la legitimación por subsiguiente ma-

trimonio en la época en que aquélla se solicite. 2.° Que el padre ó madre que la pidan no tengan hijos legítimos, ni legitimados por subsiguiente matrimonio ni descendientes de ellos.

Los efectos de la legitimación se producen desde el instante de su concesión ú otorgamiento. (Apéndice núm. 3. *Informaciones para dispensa de ley.*)

ART. 126. También podrá obtener la legitimación por concesión Real el hijo cuyo padre ó madre, ya muertos, hayan manifestado en su testamento ó en instrumento público su voluntad de legitimarlo, con tal que concurra la condición establecida en el núm. 3.° del artículo anterior.

Concordancias.—Igual al art. 105 del proyecto de Código de 1882.

PRECEDENTES LEGALES.—*Partida* 4.ª, *tit. XV, ley* 4.ª— De amiga auiendo algun ome a sus fijos naturales, si fijos legitimos non ouiere, puedelos legitimar en su testamento en esta manera, diziendo assi: quiero que fulano, ó fulana, mis fijos, que ouve de tal muger, que sean mis herederos legitimos. Ca si despues de la muerte del padre, tomaren los fijos este testamento, e lo mostraren al Rey, e le pidieren merced que le plega de confirmar, e de otorgar la merced que el padre les quiso facer; el Rey sabiendo que aquel que fizo el testamento, non auia otros fijos legitimos, deuelo otorgar. E dende adelante heredan los bienes del padre, e auran honrra de fijos legitimos.

Partida id., título id., ley 7.ª— Instrumento, ó carta, faziendo algun ome por su mano misma, o mandandola fazer á alguno de los Escriuanos publicos, que sea confirmada con testimonio de tres omes buenos, en que diga que algun fijo que ha nombrandolo señaladamente, que lo conosce por su fijo; es esta otra manera en que se fazen los fijos naturales legitimos. Pero en tal conoscencia como esta non deue dezir que es su fijo natural, ca si lo dixesse, non valdria la legitimacion. Otrosi, quando alguno

que a muchos fijos naturales de vna amiga, e conosce el vno dellos tan solamente por su fijo, por tal carta. e en tal manera como sobredicho es en esta ley; por tal conoscencia como esta seran legitimos los otros hermanos, quanto para heredar en los bienes del padre; tambien como aquel en cuyo nome fue fecha la carta; maguer non fuessen nombrados en ella. E lo que dize en esta ley, e en las que son antes della, entiendese, que aquellos que son nombrados en ella, que son legitimos para heredar en los bienes de su padre, e de los otros parientes; sacado aquel que fuesse legitimado en la manera que dize adelante, en la ley, de que se ofrece el mismo a seruicio de la Corte del Emperador, o del Rey. Ca este atal hereda en los bienes del padre. Mas non en los de los otros parientes si moriessen sin testamento.

COMENTARIO.—El artículo anterior se ocupa de la legitimación que convencionalmente pudiéramos llamar *inter vivos;* el presente de la que en oposición á ésta pudiera recibir el calificativo de *mortis causa*. Y tal distinción, si no obedece á un fundamento científico, tampoco merece ser tachada de arbitraria, pues se basa en las circunstancias en que se verifican una y otra. La que establece el art. 125 ha de tener lugar *viviendo* uno de los padres ó ambos; la de que habla el 126, por el contrario, cuando hayan *muerto*.

El Código ha seguido en este artículo la doctrina de su precedente la ley 4.ª, tít. XV, Part. 4.ª, añadiendo la circunstancia de un requisito: del marcado en el caso 3.º del art. 125, ó sea que el padre ó la madre que manifestaron el deseo de legitimarlo no tengan hijos legítimos, ni legitimados por subsiguiente matrimonio, ni descendiente de ellos. ¿En qué tiempo será preciso que concurra este requisito? Según nuestra opinión, en dos: en el que el padre exprese su voluntad de legitimar al hijo, y en el que éste lo pida. El primero, porque el padre no puede ignorar la prohibición de la ley y tiene que respetarla: el segundo, porque tal es el espíritu y aun la letra del Código, que quedarían burlados en otro caso, dado que la legitimación ha de solicitarse precisamente por el hijo después de muerto quien haya expresado su voluntad de legitimarlo. Este último tiempo es el que consideramos decisivo, hasta el punto de que si en la época en que el padre ó la madre, contraviniendo el precepto legal, hubiesen

hecho constar la voluntad de legitimar al hijo natural existiendo alguno legítimo ó descendiente, pero hubiesen fallecido éstos y no existieren en el momento de solicitar el primero su legitimación, creemos que ésta sería concedida sin obstáculo alguno.

¿Será necesario el reconocimiento del hijo? Desde luego respondemos qué no, por las mismas razones sentadas en el artículo anterior, aplicables al presente. El Código no lo exige, y por otra parte, en la voluntad expresa del padre de legitimar al hijo, que es lo más, va envuelto el reconocimiento del hijo, que es lo menos con relación á aquélla. ¿Cómo un padre ó una madre ha de hacer constar en un testamento ó en otro documento público su deseo de legitimar á un hijo sin expresar á la vez que es hijo suyo? Ambos extremos aparecen confundidos, formando uno solo, y es imposible separarlos.

Con arreglo á la ley 7.ª, tít. XV, de la Partida 4.ª (véanse los *Precedentes legales*), bastaba la manifestación del deseo de legitimar á un hijo ó reconocerle para entender legitimados los demás. Doctrina es ésta que no sigue el Código, cuyo espíritu es no considerar reconocido ni legitimado más que aquel que se reconoce y legitima expresamente, demostrándolo así los mismos términos del art. 126.

Para terminar el estudio de este artículo, diremos que lo expuesto en el anterior sobre el momento desde el cual se adquieren los derechos establecidos en el 127, procedimiento para obtener la legitimación y alteraciones en la inscripción del Registro civil, es aplicable al presente.

Derecho vigente.—*Civil.*—Requisitos para obtener la legitimación: *Positivos*: Que el padre ó la madre hayan manifestado su voluntad de legitimar al hijo en testamento ó en otro instrumento público.—*Negativos*: 1.° Que el padre ó la madre hayan muerto. 2.° Que éstos no tuviesen hijos legítimos, ni legitimados por subsiguiente matrimonio, ni descendientes de ellos.

ART. 127. La legitimación por concesión Real da derecho al legitimado:

1.° A llevar el apellido del padre ó de la madre que la hubiese solicitado.

2.° A recibir alimentos de los mismos en la forma que determina el art. 143.

3.° A la porción hereditaria que se establece en este Código.

Concordancias.—Igual al art. 106 del proyecto de 1882.

PRECEDENTES LEGALES.—*Partida* 4.ª, *tít. XV, leyes* 4.ª, 5.ª *y* 7.ª (*Véanse artículos* 120 *y* 126, *Precedentes legales.*) *Nov. Recop., libro X, tít. XX, ley* 7.ª (*Véase art.* 124, *Precedentes legales.*)

COMENTARIO.—El Código ha determinado un retroceso al fijar los derechos de los hijos legitimados por concesión Real. La legislación de Partidas establecía la igualdad de éstos con los legítimos; aquél no admite este principio, señalándoles un grado inferior en la escala de los derechos de la filiación. La ley 4.ª, tít. XV, Partida 4.ª (véanse *Precedentes legales* del art. 120) decía que «han todas las honras et los proes que han los fijos que nascen de casamiento derecho;» el art. 127 que estudiamos, si bien les concede el uso del apellido del padre que los reconozca y los alimentos, les asigna como porción hereditaria la de los hijos naturales.

No nos parece aceptable el principio sentado por el Código, ya que no ha establecido la igualdad de los naturales con los legítimos, al menos en algunos casos, y por lo tanto ha señalado diferencias entre los naturales y los legitimados por concesión Real. Éstos figuran en el mismo capítulo que los legitimados por subsiguiente matrimonio; pero de ser legitimados es menester que el padre ó madre que lo solicite no tenga descendientes legítimos, en tanto que aun en este supuesto puede ser reconocido un hijo natural, es decir, teniendo hijos ó nietos legítimos el que lo reconozca. Compréndese, por lo tanto, que en este caso el legislador restrinja los derechos de los naturales en pro de los legítimos, pero no se concibe tal restricción cuando ningún perjuicio les puede ser causado á éstos, puesto que no existen, por ser requisito indispensable el que no los haya, según el núm. 3.° del art. 125. Podrá alegarse contra esto que si no del interés de los hijos legítimos, se trata del de los ascendientes, también legí-

timos, pero sucede que aun no habiéndolos tampoco tienen derecho más que á una tercera parte de la herencia, conforme al artículo 842, en relación con el 844. Es decir, que el hijo legitimado sólo puede percibir una tercera parte del haber hereditario, y un pariente lejano ó un extraño las dos terceras partes del mismo, ó sea el duplo de aquél.

Aparte de estas consideraciones, la doctrina del artículo es sencilla, y sólo surge una pregunta respecto del último número. ¿Qué porción hereditaria es la que indica? Contesta á esta pregunta el art. 844, que declara que es la misma establecida en favor de los hijos naturales reconocidos.

Tienen derecho además para suceder abintestato á falta de ascendientes y descendientes legítimos.

Derecho vigente.—*Civil.*—El que se expresa en el siguiente cuadro:

Derechos de los hijos legitimados por concesión Real..	1.° A llevar el apellido del padre ó de la madre que hubiere solicitado la legitimación.		
	2.° A recibir alimentos de los mismos, conforme al artículo 143.		
	3.° A percibir la porción hereditaria siguiente...	1.° Mitad de la parte de libre disposición cuando el testador dejare sólo ascendientes legítimos (artículo 841, párrafo 1.°).	
		2.° Lo que les falte para completar su legítima, en nuda propiedad concurriendo el cónyuge viudo (artículo 841, párrafo 2.°).	
		3.° Tercera parte de la herencia cuando el testador no deje descendientes ni ascendientes legítimos (art. 842).	
	4.° Suceder abintestato á falta de descendientes y ascendientes legítimos (art. 939).		

ART. 128. La legitimación podrá ser impugnada por los que se crean perjudicados en sus derechos, cuando se otorgue á favor de los que no tengan la condición legal de hijos naturales ó cuando no concurran los requisitos señalados en este capítulo.

Concordancias.—Igual al art. 107 del proyecto de Código de 1882.

PRECEDENTES LEGALES.—*Ninguno.*

COMENTARIO.—Acertada y justa es la disposición del artículo, que no tiene precedentes y que tampoco mencionaba el proyecto de 1851.

Tienen facultad de impugnar la legitimación todos los que se crean perjudicados en sus derechos por virtud de ella, pudiendo considerarse comprendidos desde luego dentro de tal precepto los ascendientes y descendientes legítimos del padre ó madre que haya solicitado ó verificado aquélla y el otro cónyuge, especialmente cuando con relación al caso 3.° del art. 125 no se haya pedido su consentimiento ó hubiere sido éste desfavorable.

La impugnación, dice el artículo, puede hacerse bien porque aquellos á cuyo favor se otorgue la legitimación no tengan la condición legal de naturales, bien porque no concurran los *requisitos* señalados en este capítulo, y en verdad que aquí existe una redundancia, sobrando las palabras «que no tengan la condición legal de naturales.» Y sobran, porque uno de los *requisitos del capítulo*, el principal, es el de que los hijos sean naturales; si no lo son, la legitimación no puede tener lugar, según prescribe en términos precisos el párrafo 1.° del art. 119.

Dado que toda acción supone un término para su ejercicio. es de sentir que el Código no haya completado la doctrina del artículo determinando el tiempo durante el cual pueda impugnarse la legitimación. Ante este silencio hay que acudir á las reglas generales de duración de las acciones, ó sea de las relativas á su prescripción, de las cuales es pertinente (al menos no existe otra) la contenida en el art. 1.964, que dice que las acciones personales que no tengan señalado plazo especial prescribirán á los quince años. En este caso se encuentra la de que se trata. Es una acción reconocida á favor de una persona con relación á otra, no á sus bienes, y respecto de la cual el Código no señala tiempo alguno para ejercitarla.

¿Desde cuándo comenzará á contarse el término para la prescripción? El art. 1.969 ordena que cuando no haya disposición especial que otra cosa determine, se contará desde el día en que

pueda hacerse uso de ella, que en el caso presente será, ó el del otorgamiento de la legitimación, ó aquel en que se tuviere conocimiento de ello, si hasta entonces se había ignorado.

El plazo resulta largo en demasía, y hubiera sido conveniente que el Código fijase de manera expresa uno más limitado.

CAPÍTULO IV

DE LOS HIJOS ILEGÍTIMOS

El último capítulo del título «De la paternidad y filiación» trata de los hijos que ocupan el último lugar en el orden de la familia, de los ilegítimos, esto es, de los nacidos de unión ilegal sin que hayan alcanzado los beneficios de la legitimación.

No podía olvidar el legislador que dentro de los ilegítimos cabe hacer una distinción radical entre los que nacen de una unión ilegal pero de padres libres para contraer matrimonio (naturales), y los que proceden de padres ligados por algún impedimento (ilegítimo, en sentido estricto), tales como los adulterinos y sacrílegos, y, en efecto, divide el capítulo en dos secciones, una que habla de los primeros, refiriéndose la otra á los segundos. Esta división era necesaria, pues en modo alguno puede ser equiparado, en cuanto á su condición, un hijo ilegítimo, propiamente, á un natural que, cuando se halla reconocido por ambos padres, merece tanta consideración ó más, y que acaso sea menos ilegítimo que el legitimado en virtud de concesión Real por uno solo de los padres.

SECCIÓN PRIMERA

Del reconocimiento de los hijos naturales.

Parecía lo lógico, dado el título de la sección, que comenzase definiendo qué hijos se consideran naturales, y creemos que el concepto que de ellos expresa el párrafo 2.° del art. 119 debiera constar en el primero de esta sección, puesto que les está dedicada especialmente. Esto no quitaría claridad alguna al citado artículo 119, que podría estar redactado de este modo: »Sólo podrán ser legitimados los hijos naturales. Se consideran de esta condición los mencionados en el artículo... (el que fuere).»

Aparte de esta consideración, y concretándonos á la doctrina del Código, vemos que éste distingue dos clases de reconocimiento, el *voluntario* y el *forzoso*, que dice el eminente Laurent, cuya distinción había ya indicado una sentencia de nuestro Tribunal Supremo de Justicia, de 16 de Abril de 1864, cuando afirmaba que »la calidad de hijo natural ha de fundarse necesariamente en el *reconocimiento espontáneo* del padre legalmente probado, ó en el caso de *omisión ó resistencia*, en una ejecutoria solemne que así lo declare.»

Y en verdad que esta clasificación es acertada. Ante todo está la confesión del padre, prestada voluntariamente; si éste, faltando á los deberes de la naturaleza, ya que no á los de la ley, oculta su paternidad, fuerza es admitir que el hijo trate de investigarla.

Dentro del reconocimiento voluntario establece el Código preceptos opuestos al tenido hasta ahora como indudable (la certeza de la madre), expresando que

aquél puede verificarse separadamente por cada uno de los padres, siempre que se cumplan los requisitos que preceptúa, dirigidos á evitar la imputación de una falsa paternidad. No dudamos que se logrará esto como exponemos en los artículos respectivos (130 y 132), pero fácil es también que se cometa otro abuso, el de gozar del concepto de naturales hijos que por su nacimiento ocupen un puesto más inferior en la escala de ilegitimidad.

La ley, como vemos, no obliga á los padres á reconocer á sus hijos naturales, pero cuando éstos quieran cumplir con acto tan justo como humano, han de hacerlo con determinada solemnidad, ó sea en documento público (art. 131). Por eso el reconocimiento que hoy exige el Código reúne los caracteres de *especial y expreso*, en oposición al establecido en el derecho derogado, que era *general y tácito*, puesto que bastaba que constase por cualquier medio de prueba legal.

El reconocimiento de un hijo es un acto de extrema importancia para éste, acaso el que más afecte á su estado civil, y por eso se requiere (art. 133) su asentimiento si es mayor de edad, ó el de la entidad representante de la ley si es menor, reservando además á éste el derecho de impugnarlo llegada la mayoría de edad.

Habiendo roto el Código con la contradicción en cuanto á los derechos de los hijos legítimos, consiguiente era que hiciese esto mismo respecto de los naturales. Y si en este punto no ha llegado al ideal de algunos autores, la igualdad de los naturales con los legítimos, ha mejorado en general su suerte, sobre todo con relación al padre, aunque en algunos casos

resulten perjudicados en parangón con el derecho derogado.

No podía el legislador pasar por alto una materia de tanta importancia como la de investigación de la paternidad y maternidad, y apartándose del proyecto de 1851 que la prohibía, el Código la acepta en principio, bien que con determinadas restricciones. Acaso no estemos conformes con ellas, pero compréndese que el legislador ha querido garantir este derecho de la posibilidad de los peligros que enumeran los enemigos de la investigación (artículos 135, 136 y 137).

Correlativo al derecho de los padres de reconocer á sus hijos, ó de éstos de obligar á aquéllos á que los reconozcan, está el de la persona á quien el reconocimiento pueda perjudicar cuando se falte en él á las disposiciones de la ley (art. 138). El Código sanciona este derecho y hubiera constituído una imperdonable falta su omisión.

ART. 129. El hijo natural puede ser reconocido por el padre y la madre conjuntamente, ó por uno solo de ellos.

Concordancias.—Análogo al párrafo 1.º del art. 122 del proyecto de 1851, é igual al art. 108 del de 1882.

PRECEDENTES LEGALES.—*Nov. Rec., lib. X, tit. V, ley* 1.ª (*Ley* 11 *de Toro*).—Con tanto que el padre le reconozca por su fijo...

ART. 130. En el caso de hacerse el reconocimiento por uno solo de los padres, se presumirá que el hijo es

natural, si el que lo reconoce tenía capacidad legal para contraer matrimonio al tiempo de la concepción.

Concordancias.—Análogo en el fondo al art. 123 del proyecto de 1851 y 109 del de 1882.

PRECEDENTES LEGALES.—*Ninguno.*

COMENTARIO DE LOS ARTÍCULOS 129 Y 130.—Apartándose del principio, hasta ahora tenido como infalible, de que «la madre es siempre conocida,» y en el que sin duda se inspiraron los autores de las leyes de Toro para exigir sólo el reconocimiento del padre, el Código español, de acuerdo con los de otras Naciones, autoriza el reconocimiento separado del padre ó de la madre.

Para que el reconocimiento por uno solo de los padres tenga lugar, es preciso que el que lo efectúe tenga capacidad legal para contraer matrimonio al tiempo de la concepción, y este precepto que parece la salvaguardia de cualquier abuso que pudiera realizarse, no lo es en modo alguno; menos aún con el del primer párrafo del artículo siguiente. En una palabra, que por el reconocimiento de uno de los padres es fácil, facilísimo, que adquieran la condición de naturales hijos de cualquiera de las clases de ilegítimos.

Probaremos esta afirmación. Un varón *casado* tiene relaciones ilícitas con mujer *soltera*, de las que nace un hijo. Esta mujer acude al Registro manifestando que aquel hijo es suyo: demostrará que tenía capacidad para contraer matrimonio al tiempo de la concepción (art. 130), acreditando que es soltera, y como quiera que según el párrafo 1.º del 131 no podrá revelar el nombre de la persona con que hubiese tenido el hijo ni expresar circunstancia alguna por la que pueda ser conocida (extremos que permitirían conocer la verdadera condición del hijo), resultará que éste, que es ilegítimo (adulterino), se inscribirá como natural.

Otro ejemplo puede presentarse: el del hijo habido de mujer soltera con persona ordenada *in sacris* ó ligada con voto solemne de castidad, ó viceversa, varón soltero con mujer sujeta al mismo impedimento. Este hijo es ilegítimo (sacrílego), pero la madre, ó el padre en el caso opuesto, por virtud de las mismas considera-

ciones alegadas en el caso anterior, podrá inscribirlo en el Registro ó reconocerlo ante Notario como hijo natural.

Claro está que no es posible que tales hijos lleguen á ser legitimados por subsiguiente matrimonio, pues exigiéndose como requisitos indispensables para esto el que sean naturales y que lo reconozca el padre y la madre, ambas circunstancias son de imposible cumplimiento y si se intentase demostrar su existencia se descubriría la calidad legal de aquéllos.

Ofreciéndose acaso á la mente del legislador estas mismas consideraciones, el Código de nuestra patria y también el de otras Naciones no establecen una afirmación, se limitan á expresar una presunción. Así, el art. 131 no dice que en el caso de hacerse el reconocimiento por uno solo de los padres, el hijo reconocido es natural, sino que se *presumirá* de esta índole si tiene lugar la circunstancia que marca el mismo artículo. Como presunción admite prueba en contrario conforme al art. 1.251 del Código, el derecho que en el caso presente, y con relación á la materia de que se trata, sanciona de un modo expreso el 138.

Por los razonamientos expuestos nos parece poco ajustado á los principios de la lógica el precepto del artículo. La generación humana requiere indefectiblemente el concurso de dos personas de distinto sexo; no se concibe, por lo tanto, que un hijo aparezca ante la ley engendrado por una sola. La filiación física supone la existencia de una paternidad doble ó conjuntiva: un padre y una madre; la filiación legal de los hijos llamados naturales acepta el hecho imposible de la paternidad singular y disyuntiva: un padre ó una madre. ¿Por qué, pues, admitir el reconocimiento de uno solo de los padres? No tiene, en nuestro modo de ver, otro fundamento que el siguiente: el de que siendo esos hijos procedentes de uniones ilegítimas, y pudiendo haber tenido la madre relación carnal con distintos sujetos, no es dable acreditar su identidad paterna, y ante esta duda sería arbitrario—dicen los que esto sostienen—atribuir á una persona la paternidad de un hijo en tanto que dicha persona no lo afirme de un modo expreso. Este razonamiento es el mismo que sirve de base principal á los que combaten la investigación de la paternidad, y como de establecer como obligatorio el reconocimiento de ambos padres no habría necesidad de tal investigación, de aquí que se considere sólo como potestativo el recono-

cimiento por parte del padre. De esta materia nos ocuparemos con el debido detenimiento en el punto referente á la investigación de la paternidad.

El legislador, con la doctrina de los artículos que comentamos y con la del 132, ha querido cortar de raíz el abuso acabado de indicar, de que una persona pueda atribuir á otra, tal vez caprichosamente y por fines las más veces de cálculo é interés, la paternidad ó maternidad de determinado individuo, pero al evitarlo ha incurrido en el inconveniente de alterar la escala de la ilegitimidad, autorizando de un modo indirecto que muchos hijos propiamente ilegítimos alcancen la condición de naturales, y acaso por caminos ocultos penetren en el recinto de la legitimidad. Despréndese de aquí que al paso que por las razones indicadas se favorece á los hijos ilegítimos no naturales, los de esta calidad son los únicos que han de resultar perjudicados, puesto que se autoriza la ocultación de uno de los padres, cuya existencia legal sólo es lícito inquirir y demostrar en los casos determinados que señala el art. 135.

Concretándonos á la doctrina de los artículos, vemos que el 129 establece que el reconocimiento puede hacerse de dos modos: por el padre ó la madre conjuntamente y por uno solo de ellos. Parece, en vista de estas palabras, que es potestativo el que el reconocimiento se haga siempre de una ó de otra manera, y sin embargo, hay un caso en que es forzoso hacerlo separadamente, á saber: cuando se verifique en testamento. Demuestra la certeza de esto el art. 669 del Código que, apartándose por completo del derecho derogado, establece que «no podrán testar dos ó más personas mancomunadamente ó en un mismo instrumento, ya lo hagan en provecho recíproco, ya en beneficio de un tercero.» Antes sí podría tener lugar el reconocimiento de ambos cónyuges por testamento, porque existía el de mancomún; hoy no es posible, porque éste ha sido suprimido. Fuera de este caso, en los demás, cuando los padres reconozcan á un hijo natural deberán hacerlo conjuntamente, es decir, á un mismo tiempo, que es lo que significa dicho adverbio, en un solo acto, en un mismo documento.

Y esto es indispensable, sobre todo cuando el reconocimiento haya de verificarse en el acta de nacimiento, pues si la declaración de la calidad del hijo se hace por uno solo de los padres, la

inscripción no podrá contener nada relativo al otro. Sin embargo, en el caso en que los padres hubiesen reconocido al hijo, cada uno de ellos por sí en escritura pública, entendemos que valdría el reconocimiento hasta para el efecto del subsiguiente matrimonio, siempre que resultase acreditada de manera cumplida la identidad del hijo, esto es, que era el mismo reconocido respectiva y separadamente por el padre y la madre.

Para que el hijo reconocido se presuma natural, requiere el artículo 130 que el que lo reconozca acredite que tenía capacidad legal para contraer matrimonio, es decir, que no se hallaba comprendido en ninguno de los impedimentos señalados para la celebración del mismo al tiempo de la concepción.

Como ya hemos dicho en otro artículo, la ciencia no dispone en la actualidad de medios suficientes para precisar el primer momento de la procreación, y por eso de nada sirve que la ley hable de tal momento, porque no puede hacerlo más que convencionalmente. Con relación á este extremo lo que sí tendría perfecta aplicación es la doctrina sustentada por el Sr. Mata, de que hicimos mención expresa en el art. 108, sobre la posibilidad de apreciar la edad intrauterina del feto. Siendo posible esto, según asevera tan reputada eminencia, tomando como base el desarrollo físico del nacido, no habría más que determinar cuál era su edad y por ella se deduciría la época presunta de su concepción. En una palabra, y aunque parezca paradógico, por el desarrollo que ofrezca el individuo en el nacimiento extrauterino, averiguar el instante de su nacimiento intrauterino, esto es, el momento en que comienza su vida en el claustro materno.

¿Tendrá aplicación práctica esta doctrina al caso del artículo? Creemos que sí, que surgiendo una cuestión judicial, podría emplearse la prueba de peritos para que emitiesen su dictamen sobre este extremo.

Es más: dados los términos del artículo, constituye esta prueba la única pertinente, ó por lo menos la más principal. El artículo no marca tiempo para la gestación como hace el art. 108 respecto de los hijos legítimos y establecen algunos Códigos extranjeros. No señala una regla general para todos los casos, de modo que parece que hay que atender á cada uno de ellos en particular, y determinar el tiempo de la gestación, que no es posible establecer por otro medio que no sea la prueba pericial.

No obstante esto, entendemos que cabe admitir un plazo de gestación, el máximun señalado en el art. 108, por ser situación análoga á la de que se trata, puesto que el matrimonio no existe ya por haberse disuelto en virtud de la separación de los cónyuges, no el mínimun que supone la existencia de aquél. Así podrá reputarse como libre la persona que en los diez meses anteriores al nacimiento no se encontrase sujeta á ninguna de las causas prohibitivas de la celebración del matrimonio, y si se hallase ligada con algún impedimento en época más corta (nueve, ocho ó siete meses), acreditar la edad intrauterina del nacido á fin de ver si era ó no libre en el momento aproximado de la concepción de éste.

ART. 131. El reconocimiento de un hijo natural deberá hacerse en el acta de nacimiento, en testamente ó en otro documento público.

Concordancias.—Igual al párrafo 1.º del art. 124 del proyecto de 1851 y al art. 110 del de 1882.

PRECEDENTES LEGALES.—*Partida* 4.ª, *tit. XV, leyes* 6.ª *y* 7.ª (*Véase art.* 126. *Precedentes legales.*)

Nov. Rec., lib. X, tit. V, ley 1.ª (*ley* 11 *de Toro*). (*Véase artículo* 129. *Precedentes legales.*)

COMENTARIO.—Citamos como precedentes legales las leyes 6.ª y 7.ª del tít. XV de la Partida 4.ª, porque si bien se refieren á la legitimación, fundaban ésta en el reconocimiento del padre hecho en testamento ó en otro instrumento público.

La ley 11 de Toro exigía el reconocimiento del padre, pero sin determinar si bastaba el tácito ó había de ser expreso, duda que resolvió la jurisprudencia en el sentido indicado en primer término, como se verá en alguna de las decisiones recaídas sobre el particular que enumeramos á continuación.

La sentencia de 8 de Octubre de 1853 decía que «la ley 11 de Toro no exige que el reconocimiento del hijo natural por el padre sea *expreso*.» La de 26 de Enero de 1865 que «la ley 11

de Toro, ó sea la 1.ª, tít. V, lib. X de la Novísima, sólo exige que el padre reconozca por suyo al hijo natural, *sin distinguir el reconocimiento* tácito del expreso ni prescribir manera especial de probarlo». Continuando el camino trazado por las anteriores, la de 24 de Enero de igual año declaró que «según la jurisprudencia establecida por el Tribunal Supremo, tiene afirmado que para acreditar la cualidad de hijo natural *es suficiente que el reconocimiento* del padre que exige la ley 1.ª, tít. V de la Novísima Recopilación sea el *tácito*, si dicho reconocimiento consta por los medios probatorios que prescribe el derecho,» doctrina que corroboran las de 30 de Junio y 9 de Octubre del mismo año al expresar que «el reconocimiento del padre exigido por la ley 11 de Toro para que el hijo sea tenido como natural, *no es necesario que sea expreso, bastando para los efectos de dicha ley que aquél reconocimiento se acredite por alguno de los medios de prueba establecidos en derecho*, de manera que no dé lugar á duda sobre la certeza de semejante hecho.» Análoga declaración contienen las de 5 de Enero y 20 de Abril de 1871, 10 de Enero de 1874, 14 de Octubre de 1875, 5 de Julio de 1876, puesto que todas manifiestan que no es preciso el reconocimiento expreso. Sólo parece apartarse algún tanto de sus precedentes la de 21 de Mayo de 1877, al establecer que «si bien la ley 11 de Toro no señala prueba ninguna especial para acreditar el reconocimiento que el padre debe hacer de su hijo natural, para poder éste ser declarado tal, *exige, si, que este reconocimiento sea cumplidamente demostrado por alguno de los medios establecidos en derecho.*» Sin embargo, en realidad se limita á establecer el mismo precepto que la de 24 de Enero de 1865, ó sea que conste la certeza del hecho del reconocimiento.

Como vemos, con arreglo al derecho antiguo, ó mejor dicho, á la interpretación dada al mismo por la jurisprudencia, el reconocimiento de los hijos bastaba que fuese tácito y que se probase por cualquier medio legal; conforme al nuevo, el reconocimiento ha de ser expreso, constar en alguno de los documentos que enumera en este artículo (*reconocimiento voluntario*), ó por lo menos, y en el caso del 135, por escrito indubitado del padre ó por la presunción constante de estado de hijo natural (*reconocimiento forzoso*). Entre uno y otro existe esta diferencia: el reconocimiento anterior al Código revestía el carácter de la *generalidad*, puesto que podía ser expreso ó tácito y justificarse por cualquier

medio probatorio de derecho, en tanto que el exigido por el Código tiene el de la *especialidad,* porque debe ser expreso y acreditarse por pruebas *especiales* y determinadas.

El artículo habla del reconocimiento voluntario que ha de hacerse en el acta de nacimiento, en testamento ó en otro documento público (escritura, acta, etc.), y su disposición es clara.

Al decir acta de nacimiento se refiere á la que se extiende en el Registro civil, no á la de inscripción que pueda hacerse en los libros parroquiales, ya por lo dispuesto en el art. 325 del mismo Código de que las actas concernientes al estado civil de las personas se harán constar en el Registro destinado á este efecto, y en el 327 respecto de que «dichas actas serán la prueba del estado civil, la cual *sólo* podrá ser suplida por otras en el caso de que no hayan existido aquéllas ó hubiesen desaparecido los libros del Registro, ó cuando ante los Tribunales se suscite contienda;» ya porque la misma jurisprudencia lo había declarado así en diversas sentencias, como la de 23 de Junio de 1858 que establecía que «no es suficiente para tener por reconocido á un hijo natural la partida de bautismo no expresiva de la paternidad»; la de 16 de Abril de 1864 que preceptuaba que «el reconocimiento de un hijo natural y su institución de heredero son actos puramente civiles que no pueden ejercerse por nota puesta á continuación de una partida sacramental, pues los libros de esta clase no se hallan establecidos para la justificación de los actos civiles»; la de 28 de Junio del mismo año declarando que la filiación de los hijos naturales debe constar necesariamente por el reconocimiento de sus padres ó por la declaración solemne de una ejecutoria, no bastando para justificarla la simple partida de bautismo,» y la de 18 de Marzo de 1873 que expresaba que la simple partida de bautismo no basta para justificar la filiación ni afirmativa ni negativamente.»

Respecto de la inscripción en el Registro, el art. 48 de la ley correspondiente que determina las circunstancias que ha de contener aquélla, indica en su núm. 7.º la de «la legitimidad ó ilegitimidad del recién nacido si fuese conocida, pero sin expresar la clase de ésta, á no ser la de los hijos legalmente denominados naturales.» También es pertinente el art. 51 de la misma ley, de que haremos mención en el artículo que sigue.

Pudiendo hacerse el reconocimiento en testamento, y siendo

éste revocable, se presentaba la duda de si derogada por otra posterior la disposición de última voluntad en que constaba aquél, quedaría invalidado y nulo. El Código, con buen acuerdo, salva esto en el art. 741, estableciendo que «el reconocimiento de un hijo ilegítimo no pierde su fuerza legal aunque se revoque el testamento en que se hizo.»

ART. 132. Cuando el padre ó la madre hiciere el reconocimiento separadamente, no podrá revelar el nombre de la persona con quien hubiera tenido el hijo, ni expresar ninguna circunstancia por donde pueda ser reconocida.

Los funcionarios públicos no autorizarán documento alguno en que se falte á este precepto. Si á pesar de esta prohibición lo hicieren, incurrirán en una multa de 125 á 500 pesetas, y además se tacharán de oficio las palabras que contengan aquella revelación.

Concordancias.—Análogo á los artículos 125 y 126 del proyecto de 1851 y 111 del proyecto de 1882.

PRECEDENTES LEGALES.—*Ninguno.*

COMENTARIO.—El artículo, si bien carece de precedentes legales directos, tiene algo de relación el primer párrafo con el 51 de la ley de Registro civil, que determina que «respecto á los recién nacidos de origen ilegítimo no se expresará en el Registro quiénes sean el padre ni los abuelos paternos, á no ser que el mismo padre, por sí ó por medio de apoderado con poder especial y auténtico, haga la presentación del niño y la declaración de su paternidad. Lo mismo se observará en cuanto á la expresión del nombre de la madre y de los abuelos maternos.» Este precepto se encuentra modificado por el art. 328 del Código, que no exige la presentación del recién nacido, bastando la declaración de la persona obligada á hacerla, comprensiva de todas las

circunstancias determinadas por la ley, y firmada por el autor ó por dos testigos á su ruego, si no pudiere firmar.

Despréndese de esto que con sujeción estricta á este artículo y al del Código que estudiamos, para que un hijo natural se considere reconocido en el acta de nacimiento por ambos padres deberá firmarse la declaración por los dos ó personas á su ruego, circunstancia cuya concurrencia confirma el art. 129 al exigir que cuando el reconocimiento se haga por el padre y la madre lo sea conjuntamente, esto es, á un mismo tiempo, en un acto. Por el contrario, cuando la declaración preceptuada en el artículo 328 del Código vaya firmada por uno solo de los padres, tratándose de hijos ilegítimos, no podrá expresarse en ella el nombre de la persona con que se hubiera tenido el hijo, ni circunstancia alguna por la que pueda ser conocida, porque precisa entender que el reconocimiento se hace separadamente. De no ser así, quedaría burlado el propósito del legislador, que no es otro que evitar que por la simple declaración ó testimonio de uno solo de los padres, dado tal vez por móviles interesados, pueda atribuirse á cualquier persona una paternidad ó maternidad que acaso resulte inexacta ó falsa.

En el caso del reconocimiento en escritura pública se entenderá que aquél se verifica separadamente cuando acuda sólo á su otorgamiento uno de los padres, debiendo también cumplirse lo dispuesto en el párrafo 1.º del artículo. Para reconocer á un hijo en testamento tiene que efectuarse siempre por separado, como ya demostramos en el comentario del art. 129.

Los funcionarios públicos que han de autorizar ú otorgar los documentos en que conste el reconocimiento, Jueces municipales, Secretarios y Notarios—estos últimos, según determina el art. 10 de la ley de 18 de Mayo de 1862,—no podrán hacerlo faltando á la disposición del artículo. Si lo hicieren á pesar de la prohibición, incurrirán en una multa de 125 á 500 pesetas, y además se tacharán de oficio las palabras que contengan la revelación prohibida por la ley.

ART. 133. El hijo mayor de edad no podrá ser reconocido sin su consentimiento.

Cuando el reconocimiento del menor de edad no

tenga lugar en el acta de nacimiento ó en testamento, será necesaria la aprobación judicial con audiencia del Ministerio Fiscal.

El menor podrá en todo caso impugnar el reconocimiento dentro de los cuatro años siguientes á su mayor edad.

Concordancias.—Primer párrafo igual al art. 128 del proyecto de 1851. Párrafo último análogo al 129 del mismo proyecto. Igual el artículo al 112 del de 1882.

PRECEDENTES LEGALES.—*Partida* 4.ª, *tit. XV*, *ley* 5.ª ...Solamiente que aquel fijo queda asi, lo otorgue et non lo contradiga... (*Véase art.* 120, *Precedentes legales.*)

COMENTARIO.—Para la validez absoluta del reconocimiento de un hijo no basta el acto del que reconoce confesando su paternidad ó maternidad: es menester el consentimiento del reconocido. Así, si el hijo es mayor de edad, el reconocimiento no puede tener lugar sin su voluntad expresa; si es menor puede aquél verificarse, pero éste tiene derecho á impugnar la filiación que se le haya atribuído dentro de los cuatro años siguientes á su mayor edad. Además, cuando en este caso el reconocimiento no haya de tener lugar ni en el acta de nacimiento ni en testamento, se necesitará la aprobación judicial y la intervención del Ministerio Fiscal. Trátase, pues, de un acto de jurisdicción voluntaria (art. 1.811 de la ley de Enjuiciamiento civil), por que en él se solicita la intervención de la autoridad judicial sin estar empeñadas, ni promoverse cuestión alguna entre partes conocidas y determinadas. Será Juez competente, en nuestro sentir, para conocer del expediente el del domicilio (1) de la persona que desee reconocer al hijo, ya porque es de presumir que sería en este lugar donde se llevaría á efecto el otorgamiento del acta ó escritura, ya porque tal expediente cabe equipararle al de adopción, y respecto de éstos lo es con arreglo al número 16 del ar-

(1) Juez de primera instancia.

tículo 63 de la ley citada de Enjuiciamiento civil, el del domicilio del adoptante, entendiendo por domicilio, según declara el artículo 40 del Código, el lugar de la residencia habitual de la persona de que se trate.

El menor puede en todo caso, es decir, cualquiera que sea la forma y circunstancias del reconocimiento, impugnar éste en los cuatro años siguientes á su mayor edad. El artículo habla de mayor edad, no de emancipación, de modo que aunque ésta se verifique por concesión del padre ó de la madre ó por el matrimonio (antes por consiguiente que el hijo cumpla veintitrés años), no comenzará según nosotros el término para la impugnación hasta esta edad. El Código concede al menor, en este artículo, una especie de beneficio de restitución *in integrum* respecto de su filiación, y sabido es que el tiempo para tal beneficio del derecho antiguo, que era también el de cuatro años, se contaba desde la mayor edad, ó sea veinticinco años, ó en el caso de matrimonio del menor. (*Sentencia de* 26 *de Junio de* 1861.)

Aparte de esto, los artículos 322 y 323 del Código declaran que el menor, huérfano de padre y madre, que haya cumplido diez y ocho años y consienta en la habilitación puede obtener *el beneficio de la mayor edad* por concesión del consejo de familia, aprobada por el Presidente de la Audiencia territorial del distrito, oído el Fiscal. En este caso ¿podrá contarse el término para entablar la impugnación desde la concesión? Aquí ya el Código habla expresamente de la mayor edad, del beneficio que lleva este nombre, y parece por tanto que debe contestarse afirmativamente. Sin embargo, los efectos de esta habilitación en cuanto á la capacidad que por ella adquiere el menor, son los mismos que en el caso de la emancipación, es decir, que no son iguales en absoluto á los que determina la mayoría de edad por cumplir veintitrés años, á la que parece referirse el Código. Además, el artículo se halla establecido en interés exclusivo de los hijos, y de interpretarse tiene que hacerse en armonía con su espíritu, esto es, en sentido favorable á aquéllos.

ART. 134. El hijo natural reconocido tiene derecho:

1.° A llevar el apellido del que le reconoce.

2.° A recibir alimentos del mismo, conforme al artículo 143.

3.° A percibir, en su caso, la porción hereditaria que se determina en este Código.

Concordancias.—Igual al art. 130 del proyecto de 1851 y 113 del de 1882.

PRECEDENTES LEGALES.—**Número 1.°**—*Nuevo.*

Números 2.° y 3.°—*Fuero Real, libro III, tit. VI, ley* 1.ª—Todo ome que hubiere fijos o nietos, ó dende ayuso de muger de bendicion, non pueden heredar con ellos algunos que haya de *barragana* mas del quinto de su haber.

Part. 4.ª, *tit. XIX, ley* 5.ª—Engendran los homes fijos en sus mugeres, et á las vegadas *en otras que no lo son*, et en criar estos fijos ha departimiento; ca los fijos que nascen de las mugeres que han los homes de bendiciones, tambien los parientes que suben por la liña derecha del padre como de la madre, son tenidos de lo criar. Eso mesmo es de los que nascen de las *mugeres que tienen los homes por amigas manifiestamente como en logar de mugeres*, non habiendo entre ellos embargo de parentesco, ó de orden de religión o de casamiento.

Part. 6.ª, *tit. XIII, ley* 11.—Las madres siempre son ciertas de los fijos que nascen dellas; por esta razon todo fijo debe heredar en los bienes de su madre en uno con los otros fijos legítimos que nascen de ella, quier sea legítimo ó non. Fueras si fuese tal fijo incestuoso... ú otro llamado en latin *natus ex damnatu coitu*, como el que nasce de muger religiosa, que es ayuntamiento dañado por sentencia de ley. Eso mesmo se ha, si tal muger fuese dueña de noble linage é de honrado lugar. Ca si esta atal oviese fijo de aquellos que son llamados espurios, non debe heredar de los bienes della el espurio con el legítimo. E espurio es llamado el que nasció de muger... que se da á muchos.

Part. 6.ª, *tit. XIII, ley* 8.ª—Sin testamento muriendo ome, que non dexasse fijos legítimos, su fijo natural que ouiesse auido de alguna muger de que non fuesse dubda que el la tenia por suya, e que fuesse el fijo engendrado en tiempo que el non ouiesse muger legitima, nin ella otrosi marido; tal fijo como este puede

heredar las dos partes de las doze de todos los bienes de su padre; e el e su madre deuen partir estas dos partes ygualmente. E si por auentura el padre non ouiesse pariente de los descendientes nin de los ascendientes, estonce puede dar mientra viuiere, o dexar en su testamento todo lo suyo a tal fijo como este. Pero si ouiese fijo legítimo, non le podria dar nin dexar en su testamento a tal fijo natural, si non de las doze partes de la herencia, la una. Mas si acaesciesse que el padre non ouiesse fijo legítimo, e ouiesse otro pariente de los ascendientes, assi como padre o abuelo, estonce, dexando á estos ascendientes su parte legítima, que es la tercera parte de lo suyo, las otras dos partes puede dar en su vida o dexar en su testamento al fijo natural sobredicho. E si por auentura el padre non se acordasse de tal fijo como este, non dexandole ninguna cosa de lo suyo, estonce los herederos del, son feudos de le dar lo que fuere menester para su gouierno e para su vestir e calçar, segun aluedrio de omes buenos, de manera que lo puedan sofrir sin gran su daño. Otrosi dezimos que en aquella misma manera que el fijo natural puede e deue heredar a su padre en los bienes del, e aprovecharse dellos, assi como sobredicho es, que en essa misma manera puede heredar el padre en los bienes del hijo e ayudarse dellos.

Part. 6.ª, *tít. XIII, ley* 9.ª—Las leyes antiguas otorgan, que el padre muriendo sin fijos legitimos, puede el fijo natural heredar los bienes, de las doze partes, las dos, non dexando él muger legitima. Ca si la dexasse, embargaria al fijo, de guisa que non podria demandarlos. E porque non podimos fallar ninguna razon derecha, porque se mouieron los que fizieron las leyes, á toller a tal fijo esta su parte, por esta razon de la muger legitima que dexasse su padre; por ende tenemos por bien, e mandamos, que la aya, e que non se la embargue por esta razon. E a esto nos mouimos, a mudar de la manera que la auia puesta la ley, por dos razones. La una, porque este fijo nascio en tiempo en que la muger legitima del padre non rescibio enojo, nin tuerto por razon del. La otra, porque maguer a el tolliesse esta parte, non la ganaria ella, e auerla yen los otros mas propincuos parientes del finado. E demas semejaria estraña cosa, que ella pudiesse fazer daño a otri segund ley, non meresciendo, nin veniendo ende a ella ninguna pro.

Nov. Rec. Libro X, tít. XX, ley 5.ª (*ley* 9.ª *de Toro*).—Los

hijos bastardos ó ilegítimos, de cualquier calidad que sean, no puedan heredar á sus madres ex testamento ni ab intestato, en caso que tengan sus madres hijo ó hijos, ó descendientes legítimos: pero bien permitimos, que les puedan en vida ó en muerte mandar hasta la quinta parte de sus bienes, de la cual podrian disponer por su ánima, y no mas ni allende. Y en caso que no tenga la muger hijos ó descendientes legítimos, aunque tenga padre ó madre ó ascendientes legítimos, mandamos que el hijo ó hijos, ó descendientes que tuviere naturales ó espurios, por su orden y grado le sean herederos legítimos ex testamento y ab intestato; salvo si los tales hijos fueren de dañado y punible ayuntamiento de parte de la madre, que en tal caso mandamos que no puedan heredar á sus madres ex testamento ni ab intestato: pero bien permitimos, que les puedan en vida ó en muerte mandar hasta la quinta parte de sus bienes y no mas, de la que podian disponer por su ánima; y de la tal parte, despues que la hubieren, puedan disponer en su vida ó al tiempo de su muerte los dichos hijos ilegítimos como quisieren. Y queremos y mandamos, que entonces se entienda y diga dañado y punible ayuntamiento, quando la madre por el tal ayuntamiento incurriere en pena de muerte natural; salvo si fueren los hijos de clérigos, ó frayles, ó de monjas profesas, que en tal caso, aunque por el tal ayuntamiento no incurra la madre en pena de muerte, mandamos, que se guarde lo contenido en la ley precedente, que hizo el Señor Rey D. Juan el I en la ciudad de Soria, que habla sobre la sucesion de los hijos de los clérigos.

Nov. Rec. Libro X, tit. XX, ley 6.ª (*ley* 10 *de Toro*).—Mandamos que en caso que el padre ó la madre sea obligado á dar alimentos á alguno de sus hijos ilegítimos en su vida ó al tiempo de su muerte, que por virtud de la tal obligación no le pueda mandar mas de la quinta parte de sus bienes, de la que podia disponer por su ánima, y por causa de los dichos alimentos no sea mas capaz el tal hijo ilegítimo; de la qual parte, despues que la hubiere el tal hijo, pueda en su día ó en su muerte hacer lo que quisiere ó por bien tuviere: pero si el tal hijo fuere natural, y el padre no tuviere hijos ó descendientes legítimos, mandamos, que el padre le pueda mander justamente de sus bienes todo lo que quisiere, aunque tenga ascendientes legítimos.

Ley de 16 *de Mayo de* 1835.—Art. 2.° Corresponden al Estado los bienes de los que mueran ó hayan muerto intestados, sin dejar personas capaces de sucederles con arreglo á las leyes vigentes. A falta de dichas personas (*ascendientes y colaterales hasta el cuarto grado inclusive*), sucederán con preferencia al Estado: 1.° Los hijos naturales legalmente reconocidos, y sus descendientes por lo respectivo á la sucesión del padre, y sin perjuicio del derecho preferente que tienen los mismos para suceder á la madre...

COMENTARIO.—Préstase la materia del artículo á un estudio importante de comparación entre los derechos que al hijo natural señalaba la legislación antigua y los que le concede la novísima del Código civil. Para ello precisa, ante todo, exponer las disposiciones contenidas en los distintos cuerpos legales hasta ahora vigentes (Fuero Real, Partidas, Novísima Recopilación), resumiendo luego esas mismas disposiciones.

Nada decían ninguna de ellas respecto del uso del apellido del padre ó madre que reconociese al hijo, si bien esto no quiere decir que no existiera tal derecho. Acaso el legislador creyese ocioso hacer una declaración sobre el particular cuando éste es de suyo natural y lógico y se hallaba consagrado por la costumbre.

Tampoco se encuentra en el derecho derogado precepto expreso relativo á la obligación de los padres de alimentar á su hijo natural, pues la ley 2.ª del tít. XIV de la Partida 4.ª, concerniente á la crianza de los hijos, se refiere á los legítimos. Pero existiendo la ley 5.ª del mismo título y Partida que imponía á los ascendientes por ambas líneas el deber de alimentar al descendiente natural, no es temerario pensar que este deber alcanzaba á los que se encontraban en grado más próximo de parentesco, á los que se hallaban ligados con el sujeto de derecho (el hijo) por los lazos directos de la procreación. Así lo entendieron los Tribunales declarando precisamente en repetidas sentencias que los padres eran los obligados en primer término al cumplimiento de tan sagrado deber (obligación mediata), en tanto que los ascendientes sólo lo estaban subsidiariamente y para el caso de pobreza de aquéllos (obligación inmediata).

Estos alimentos tenía derecho el hijo á recibirlos durante la vida del padre ó del ascendiente. Muerto el primero podía perci-

birlos también de sus herederos (alimentos que bien merecen la denominación de *mortis causa*) en el caso de que aquél no le dejase nada en su testamento, como con toda claridad dice la ley 8.ª, título XIII, Partida 6.ª en estas palabras: «et si por aventura el padre non se acordase de tal fijo como este non le dexando cosa de lo suyo, entonces los herederos dél son tenudos de darle lo quel fuere menester para su gobierno, et para vestir et calzar, segunt alvedrio de homes buenos, de manera que lo puedan sofrir sin grant su daño.» A esto se reduce cuanto sobre alimentos de los hijos naturales se hallaba legislado en el derecho hasta ahora vigente.

Más complejo aparece éste en lo relativo á la herencia. Desde luego, y como signo característico del mismo, se observaba en él un principio cardinal, y que es fuerza aceptar para lograr un mejor estudio: el de la distinción entre la sucesión del padre y de la madre, porque, en efecto, no eran iguales los derechos del hijo respecto de uno y otro.

Refiriéndonos en primer término á la del padre, conviene también distinguir según que fuese testada ó intestada y legítima. Con arreglo á la ley 11 de Toro, no teniendo el padre hijos ó descendientes legítimos podía *mandar justamente* al hijo natural *todo lo que quisiere*, aunque tuviere ascendientes legítimos. Existiendo hijos ó descendientes legítimos sólo podría dejarle la parte libre, ó sea el quinto, tanto más cuanto que la misma ley 11 de Toro acabada de citar le permitía hacerlo por vía de alimentos con relación á los demás ilegítimos. Aún pudiera suceder que el padre hubiere otorgado testamento y omitiese en él al hijo. En este caso, como ya hemos expuesto en otro lugar de este comentario, el hijo, con arreglo á la ley 8.ª, tít. XIII, Partida 6.ª, tenía el derecho de exigir alimentos á los herederos del padre, quienes estaban obligados á dárselos en proporción á la importancia de la herencia.

Los derechos del hijo natural en la sucesión intestada del padre se hallaban regulados por la misma ley 8.ª, tít. XIII de la Partida 6.ª y el art 2.º de la ley de 16 de Mayo de 1835. La primera le concedía las dos partes, de las doce, de todos los bienes de su padre, «*que él e su madre deben partir igualmente*», como dice dicha ley, ó sea la sexta parte de la herencia que debía dividir con su madre (una dozava parte, por tanto, á cada uno); pero

sólo cuando el padre no dejase hijos legítimos. Si éstos existían, la herencia les correspondía en totalidad. El citado art. 2.º de la ley del 35 otorgó al hijo natural el derecho de suceder *abintestato* después de los colaterales del cuarto grado inclusive, pero con preferencia al cónyuge y á los colaterales del quinto grado en adelante.

Para la mejor comprensión de parte de lo expuesto relativo á la sucesión del padre, merece hacer mención de la sentencia de 3 de Marzo de 1868, que sintetiza casi toda la doctrina sobre el particular. Dice así la expresada sentencia: «El derecho que la ley 8.ª, título XIII, Partida 6.ª, concede al hijo natural para reclamar alimentos, con arreglo á la cuantía de la herencia del padre, se halla limitado al caso de que éste en su testamento no se acordase de tal hijo; pues cuando muere intestado sin hijos legítimos, la misma ley da derecho al natural para heredar la sexta parte de los bienes paternos, si bien con la obligación de dividirla con la madre. La expresada ley no puede entenderse derogada ni modificada en esta parte por las de Toro, las cuales no contienen disposición alguna relativa á los derechos del hijo natural en la sucesión intestada del padre, y por consiguiente debe suplirse el silencio de estas leyes con lo dispuesto en este caso especial por las de Partida, guardando lo que en ellas fuere determinado, según previene la ley 1.ª de Toro, tít. II, lib. III, Novísima Recopilación. Tampoco se ha alterado por la de 16 de Mayo de 1835, antes al contrario, ha respetado ésta el orden de suceder *abintestato* antes establecido, concretándose sólo á restablecer y crear otros diversos para el caso exclusivo de que el que fallezca no deje personas capaces de heredarle con arreglo á las leyes vigentes.»

Con relación á la madre, los derechos de los hijos naturales eran distintos que respecto del padre, y más favorables á los mismos. La ley 11, tít. XIII, Part. 6.ª, llamaba á la herencia á todos los hijos ilegítimos, excepto los incestuosos, los espúreos y los de dañado ayuntamiento, en concurrencia con los legítimos. La ley 9.ª de Toro coartó y restringió derecho tan amplio, prohibiendo que los ilegítimos heredasen á sus madres *ex testamento* y *abintestato* cuando existiesen hijos ó descendientes legítimos, si bien podía la madre en este caso dejarles en vida ó muerte hasta la quinta parte de sus bienes. No teniendo la madre descenden-

cia legítima, aunque viviesen su padre ó madre ú otros ascendientes legítimos, el hijo ó nieto ilegítimo era su heredero, tanto en una como en otra ocasión.

Tales eran los derechos sucesorios de los hijos naturales conforme á la legislación pasada. Veamos ahora los señalados por la vigente, comenzando por la sucesión testada. Dentro de ella distingue el Código: que el testador deje hijos ó descendientes legítimos; que no los deje, pero sí ascendientes, ó que no deje ni unos ni otros. En el primer caso (art. 840), cada uno de los naturales tendrá derecho á la mitad de la cuota que corresponde á cada uno de los legítimos no mejorados, siempre que quepa dentro del tercio de libre disposición, deducidos los gastos de entierro y funeral. En el segundo (art. 841), su porción hereditaria es la mitad de la parte de libre disposición, sin perjuicio de la legítima del viudo. En el último (842), percibirán la tercera parte de la herencia.

En la sucesión intestada ó legítima, el Código (art. 939), á falta de descendientes y ascendientes legítimos, llama á la herencia á los hijos naturales con preferencia á todos los colaterales. Existiendo aquéllos, sólo tendrán derecho respectivamente (artículo 942) á la porción que se les concede en los artículos 840 y 841.

Examinadas comparativamente las dos legislaciones, la derogada y la vigente, nótanse grandes diferencias entre una y otra, y en primer término y como más principal, la de haber suprimido el Código la distinción entre la sucesión del padre y la de la madre. Hoy los derechos del hijo natural son iguales respecto de una y otra.

Aceptando, sin embargo, y con objeto de facilitar el estudio, esa misma división, vemos que con relación á la del padre, era potestativo en éste el dejar ó no al hijo natural parte ó toda su herencia, no teniendo en este último caso el hijo más que un derecho supletorio, el de pedir alimentos á los herederos, en tanto que con arreglo al Código lo tiene desde luego á una porción determinada de la misma, que es mayor ó menor, según los parientes de la línea recta que concurren con él á la herencia.

En la intestada, el derecho del hijo (sexta parte de la herencia con la madre, ley 8.ª, tít. XIII, Part. 6.ª), que sólo lo tenía en el caso de que no hubiere hijos legítimos, lo tiene hoy, en cuantía

diversa de la expresada, aunque existan éstos ó ascendientes. Por otra parte, el derecho á suceder *abintestato* después de los colaterales del cuarto grado, lo tienen en la actualidad con preferencia á toda esta línea.

Más sencillo aparece el estudio respecto de la sucesión de la madre, como ya hemos expuesto. Si ésta tenía hijos ó descendientes legítimos, sólo percibirían la quinta parte de sus bienes que la madre podía dejarles. No teniéndolos, aunque hubiere ascendientes, los hijos naturales (y los demás ilegítimos) sucedían á su madre por testamento y abintestato. En la actualidad los derechos de los hijos naturales, reconocidos en cuanto á la madre, son idénticos á los que gozan respecto del padre.

Las reformas introducidas por el Código, ¿han sido favorables á los hijos naturales, dados los derechos de que antes disfrutaban? No puede darse una respuesta de carácter general, pues en unos extremos lo han sido y en otros no.

Distinguiendo de nuevo, para la mayor claridad del razonamiento, entre las dos clases de sucesión, observamos confirmada la manifestación acabada de hacer, puesto que de un lado el derecho supletorio que el hijo tenía para exigir alimentos á los herederos del padre, cuando éste le omitiere en su *testamento* lo ha convertido el Código en otro de carácter permanente sucesorio. Es decir, que el derecho inseguro del hijo, puesto que su sanción quedaba al arbitrio del padre, es hoy un derecho determinado por la ley, superior, por tanto, á la voluntad de éste y tan expreso que subsiste aun en el caso de la concurrencia de hijos ó nietos legítimos. Pero si bajo este punto de vista han sido favorecidos los hijos naturales, no sucede así en un caso, respecto á la cuantía de los derechos hereditarios, cuando existiesen ascendientes. Antes el padre, según determinaba la ley 10 de Toro, podía dejar al hijo natural en el testamento todos sus bienes, en tanto que por el art. 841 del Código únicamente pueden percibir en este supuesto la mitad de la parte de herencia de libre disposición, ó sea la cuarta parte de la misma (la parte de libre disposición en este caso es la mitad, art. 809).

En lo que atañe á la intestada, la doctrina del Código ha venido á favorecer á los hijos natulares, así en lo relativo á la cuantía de su haber hereditario, como en el grado que ocupan en tal sucesión, puesto que son llamados con preferencia á la línea

transversal, cuando antes venían á la misma después de los colaterales del cuarto grado. Además, conforme á la legislación anterior, los hijos naturales no tenían derecho alguno cuando había legítimos, en tanto que hoy lo difrutan, dado el precepto del art. 840 y el del párrafo 3.° del 807, que comprende á los primeros entre los herederos forzosos.

Por el contrario, resultan perjudicados en cuanto á la sucesión de la madre, puesto que según la ley 9.ª de Toro eran preferidos á los ascendientes, tanto en la testada como en la intestada, y dentro de la primera, aun existiendo descendientes legítimos, la madre tenía derecho para dejarles hasta la quinta parte de sus bienes, cuota que acaso sea mayor en muchos casos que la que puedan disfrutar en virtud de la disposición del art. 840.

Derecho vigente.—*Civil.*—El que indica el cuadro siguiente:

Derechos de los hijos naturales reconocidos..
- 1.° Llevar el apellido del padre ó madre que le reconozca.
- 2.° Recibir alimentos del mismo, conforme al artículo 143.
- 3.° Percibir la porción hereditaria siguiente..
  - 1.° Mitad de la cuota que corresponde á cada uno de los legítimos no mejorados, siempre que quepa dentro del tercio de libre disposición, deducidos los gastos de entierro y funeral (art. 840).
  - 2.° Mitad de la parte de herencia de libre disposición cuando el testador dejare sólo ascendientes legítimos (art. 841, párrafo 1.°).
  - 3.° Lo que les falte para completar su legítima, en nuda propiedad, concurriendo el cónyuge viudo y durante la vida de éste (artículo 841, párrafo 2.°).
  - 4.° La tercera parte de la herencia cuando el testador no dejare descendientes ni ascendientes legítimos (art. 842).
- 4.° Suceder abintestato en el todo de la herencia á falta de descendientes y ascendientes legítimos (art. 939).

ART. 135. El padre está obligado á reconocer al hijo natural en los casos siguientes:

1.° Cuando exista escrito suyo indubitado en que expresamente reconozca su paternidad.

2.° Cuando el hijo se halle en la posesión continua del estado de hijo natural del padre demandado, justificada por actos directos del mismo padre ó de su familia.

En los casos de violación, estupro ó rapto, se estará á lo dispuesto en el Código penal en cuanto al reconocimiento de la prole.

Concordancias.—Párrafo último, análogo al art. 131 del proyecto de 1851. Igual al art. 114 del proyecto de 1882.

PRECEDENTES LEGALES.—*Ninguno.*

COMENTARIO.—Constituye el contenido de este artículo la materia de más importancia de la filiación natural, una cuestión de carácter universal, un verdadero problema social de la familia ilegítima.

¿Ha debido el Código aceptar el principio de la investigación de la paternidad? ¿Debe admitirse ésta? En términos más expresos: ¿debe concederse al hijo el derecho de buscar la persona ó personas que le han dado el sér? Imposible parece que al hablar de este extremo haya que hacerlo en términos dubitativos, y que lo que en nuestro sentir reviste los caracteres de un principio incontrovertible de derecho natural, se ofrezca bajo el aspecto de una cuestión; pero aún subsiste ésta. Autores hay de reconocido mérito decididos contradictores de la investigación, contándose entre ellos algunos de los que tomaron parte en la redacción del Código civil francés, tales como Bigot-Préameneu, Lahary y Duveyrier.

Decía el primero en su exposición de motivos sobre el art. 340 del Código de Napoleón prohibiendo la investigación de la paternidad:

«Desde largo tiempo, en el antiguo régimen, un grito gene-

ral se elevó contra dichas investigaciones. Éstas—continúa dicho escritor—exponían á los Tribunales á los pleitos más escandalosos, á los juicios más arbitrarios y á la jurisprudencia más variable. El hombre de conducta más intachable, aquel cuyos cabellos habían encanecido en el ejercicio de todas las virtudes, no estaba al abrigo del ataque de una mujer impúdica ó de hijos que le eran extraños. Este género de calumnia dejaba siempre consecuencias dolorosas, en una palabra. Las investigaciones de la paternidad se consideraban como una plaga de la sociedad.»

Lahary, en su informe en nombre de la sección de Legislación, refiriéndose al citado artículo del Código francés, manifestaba lo siguiente:

«Nada más frecuente en otros tiempos que estas audaces reclamaciones de estado que asediaban por todas partes á los Tribunales. ¡Cuántas mujeres impúdicas osaban publicar su debilidad bajo el pretexto de recobrar su honor! ¡Cuántos intrigantes, nacidos en la condición más abyecta, tenían el inconcebible atrevimiento de intentar introducirse en las familias más distinguidas, y sobre todo más opulentas!»

Duveyrier, en su brillante discurso pronunciado en el Cuerpo legislativo, combate la investigación de la paternidad en las siguientes palabras: «Ha sido constante opinión que la naturaleza ha cubierto la paternidad con un velo impenetrable; lo ha sido también la de que el matrimonio se hallaba establecido para demostrar, en defecto de prueba natural, esta paternidad misteriosa, y precisamente fuera del matrimonio se pretendía penetrar en el misterio y descubrir la paternidad. Los pleitos que ocasionaba esto eran la deshonra de la justicia y la desolación de la sociedad. Las presunciones, los indicios, las conjeturas erigidas en pruebas y la arbitrariedad en principio; el más vergonzoso tráfico calculado sobre los más dulces sentimientos; todas las clases, todas las familias entregadas á la afrenta ó al temor. Al lado de una desgraciada que reclamaba auxilios en nombre y á expensas del honor, mil prostitutas especulaban con la publicidad de su vida licenciosa y subastaban la paternidad de que disponían. Se buscaba un padre al hijo que podía ser reclamado por veinte y se elegía siempre que era posible al más virtuoso, al más honrado y rico, para fijar el precio de su silencio por la importancia del escándalo.»

Insistiendo sobre el razonamiento expuesto en primer término, Duveyrier añade: «Siendo el objeto del matrimonio ofrecer á la sociedad, ya que no la prueba material, al menos la presunción legal de la paternidad, es evidente que cuando el matrimonio no existe no hay tampoco signo material ni legal de aquélla. La paternidad se nos ofrece como lo que es ante la ley y ante los hombres: un misterio impenetrable, y sería injusto, á la vez que insensato, querer convencer á un hombre contra su voluntad de un hecho cuya certidumbre no descansa ni en las combinaciones de la naturaleza ni en las instituciones de la sociedad. Por esto, remontándonos á una verdad fundamental, llegamos naturalmente y sin esfuerzos á esta regla primera: la imposibilidad de declaraciones de paternidad hipotéticas y arbitrarias y la prohibición irrevocable de investigaciones escandalosas poco favorables para el hijo abandonado, y que llevan en cambio la discordia á las familias y el desorden al cuerpo social »

Cambacérès, en el discurso preliminar de su proyecto de Código civil, partiendo del principio que sienta en el mismo de que la mejor legitimación es aquella que favorece el interés general de la sociedad y el progreso de la moral pública, muéstrase también partidario de la prohibición de la investigación de la paternidad en estas palabras: «Se sabe que en el trato social es fácil divulgar una presunción de paternidad que no ha existido nunca y con cuyas apariencias se han perjudicado muchas veces las costumbres por investigaciones inquisitoriales que se procuraban justificar por la pretendida debilidad del sexo. Que desaparezca este abuso, y con él diversos medios para la seducción y la perversidad; así las costumbres tendrán otros tantos menos enemigos y las pasiones un freno más. Las mujeres se harán más reservadas cuando sepan que al ceder sin adoptar precauciones para asegurar el estado de su descendencia, serán las únicas responsables de su falta. Los hombres serán más cautos y menos perversos cuando vean que promesas hechas por el sentimiento no son ya un pasatiempo, y que se hallan sujetos al cumplimiento de los deberes de la paternidad respecto de los hijos producto de una obligación contraída con la doble garantía del honor y del amor.»

Tales son las consideraciones que alegan adversarios de la investigación de la paternidad tan importantes y dignos de tener

en cuenta como los que intervinieron en la redacción y discusión del Código civil francés, cuyo art. 340, acaso por las razones expuestas por los mismos, prohibe tal investigación. Esto no obstante, tiene ardientes y notables defensores, entre los que figuran nombres tan ilustres como los de Ahrens y Laurent. El primero defiende tal principio en términos categóricos, verdaderamente jurídicos. Dice «que los hijos naturales nacidos de uniones que la moral reprueba sufren las graves consecuencias de las faltas de sus padres cuando se ven privados de la atmósfera bienhechora de la vida familiar; pero deben pretender—añade—todos los derechos que se derivan de su estado civil, derechos que deben serle garantidos por el Estado. Este claro es que no puede obligar á los padres á reparar su falta respecto de los hijos, por un matrimonio subsiguiente, dado que esta unión debe ser libre siempre que sea posible; pero ha de asegurar á todo hijo el derecho de exigir el reconocimiento de sus padres. El Estado no puede, pues, sancionar ningún medio para destruir este derecho; por el contrario, debe abrir al hijo y á su madre todas las vías legales para obtener del padre el reconocimiento de su estado, pues el hijo lo tiene para gozar de un estado civil. El principio de la prohibición de la investigación de la paternidad formulado por el Código francés y por otros—continúa tan eminente filósofo—ha sido inspirado por una falsa consideración del escándalo que resultaba de pleitos semejantes y por la esperanza de que ejercería una saludable influencia sobre las costumbres, haciendo á las mujeres más celosas de su honor; pero esta defensa es una violación flagrante de un principio de justicia, tanto con relación á la madre como al hijo, puesto que lo que da como resultado es eximir al padre de la obligación natural de atender á la subsistencia y educación de aquél. Es evidente, por otra parte, que las mujeres *quæ corpore quæstum faciunt*—prosigue Ahrens—y los hijos que puedan tener les sería difícil promover un litigio de dicha naturaleza á consecuencia de la imposibilidad de la prueba y de la ausencia de toda presunción legal en favor de la madre; pero toda mujer que no esté en situación degradante debe poder reclamar el reconocimiento de su hijo. Este derecho existe en otras legislaciones de Europa y los Estados Unidos, y tanto la justicia como la moralidad pública exigen que sea de nuevo afirmado por las legislaciones que la abolieron. La ley puede tomar las medidas

convenientes para evitar especulaciones vergonzosas, pero el principio en sí mismo debe ser respetado.»

Laurent, en su magnífica y profunda obra *Principios de Derecho civil francés* muéstrase no menos entusiasta y decidido defensor de la investigación de la paternidad en términos precisos y elocuentes, á las veces enérgicos en alto grado. «La prohibición de dicha investigación deroga —dice el Catedrático belga— un principio de derecho natural. El padre contrae obligaciones con relación al hijo; consiguientemente el hijo debía tener el derecho de buscar á su padre para obligarle á cumplirlas. ¿Por qué la ley le rehusa este derecho?» El mismo Laurent contesta á esta pregunta. «El legislador — expresa — ha tenido la incertidumbre de la prueba. Cuando el hijo nace del matrimonio, la ley establece la filiación sobre presunciones; éstas desaparecen cuando el hijo es fruto del concubinato Precisaría acudir á la prueba directa, que es casi imposible cuando el pretendido padre no ha reconocido la paternidad. La antigua jurisprudencia admitía la investigación; de ello resultaban procesos escandalosos y fallos injustos, pues la madre escogía á menudo entre los hombres que habían tenido comercio ilícito con ella al más rico, al más considerado, á fin de atribuirle una paternidad en extremo dudosa.»

Como vemos, son estas las mismas razones que alegan siempre los enemigos de la investigación, que Laurent expone, para refutarlas después con gran brillantez, según leemos á continuación. «Esta — añade tan renombrado autor — es una de las fases de la cuestión. Hay otra que han olvidado los autores del Código francés. Podían haber subordinado la investigación de la paternidad á determinados casos y con ciertos requisitos, como lo han hecho respecto de la investigación de la maternidad. Así hubieran dado satisfacción al derecho del hijo en vez de sacrificarlo. El escándalo no debía tenerlos, porque los que se quejan son de ordinario los culpables. No se busca nunca la paternidad contra los hombres que no frecuentan la sociedad viciosa. El legislador ha olvidado, además, que si hay mujeres impúdicas, hay también hombres infames, y queriendo proteger á las personas honradas, lo que hace es establecer un premio en favor de los que carecen de fe y de ley.» Insistiendo sobre este mismo particular, en otro lugar de su obra consigna las palabras que vamos á insertar, que constituyen un verdadero apóstrofe dirigido á los que com-

baten la investigación de la paternidad: «No pretendemos negar los abusos, pero diremos que si el antiguo derecho concedía una prima á las prostitutas, el nuevo (el francés y el belga) otorga un privilegio á una raza que no es más honrada que la de aquéllas, á la canalla de guantes amarillos, como afirma con frase gráfica Vauvenargues.»

Puestos en parangón los fundamentos alegados respectivamente por los que combaten y defienden la paternidad, precisa reconocer la superioridad de los segundos sobre los primeros. Frente al razonamiento fundamental é irrefutable expuesto por Ahrens, de que teniendo toda persona derecho á un estado civil debe el Estado asegurarle los medios para la obtención de ese mismo estado; en oposición al formulado por Laurent de que la prohibición de investigación de la paternidad destruye un principio de derecho natural, el de que si el padre, por el mero hecho de serlo, contrae obligaciones con el hijo, éste debe tener consiguientemente el derecho de buscar á aquél para obligarle á su cumplimiento, sólo alegan los defensores de la prohibición una razón de orden secundario, como es la eventualidad de los abusos á que puede dar lugar el ejercicio de tal derecho, y decimos de orden secundario, porque nunca ha sido motivo científico y racional para suprimir un derecho los abusos más ó menos probables á que pudiera dar lugar la práctica del mismo. Además, que si la mejor ley, según Cambacérès, es aquella que favorece el progreso de la moral pública, como dice al combatir la investigación, no alcanzamos á comprender que se declare y entienda que la ley viene á favorecer la moral cuando por cortar un abuso se incurre en otro, en el de alentar la impunidad, y, como expresa Laurent, por querer proteger á las personas honradas, lo que se hace es establecer un privilegio en favor de los que carecen de fe y de ley.

Será un abuso, será un escándalo, no lo negamos, que una persona intente con medios reprobados por la moral atribuirse una condición jurídica que sepa que no le pertenece; y será temerario que la ley lo autorice, aunque no de modo directo: pero más escandaloso y más arbitrario es que ésta permita que una persona abandone á quien ha dado el ser y prohiba á ésta averiguar quién es aquélla. El hecho realizado en el primer caso podrá constituir una usurpación de estado civil, que tam-

poco reviste estos caracteres con arreglo al derecho positivo penal; mas el verificado en el segundo sería aún más grave. Es en puridad el abandono de un niño, delito previsto y penado en los artículos 501 y 502 del Código respectivo, con la circunstancia agravante del parentesco. Por otra parte, las consecuencias de uno y de otro hecho no admiten comparación. El primero ocasionará gastos y los disgustos inherentes á todo litigio; pero en el segundo sus efectos van más allá. El hijo abandonado puede morir de hambre por no tener quien le preste alimentos, y no recibiendo tampoco la educación que le correspondería por la fortuna de su padre, en vez de ser un miembro útil á la sociedad, acaso sea un ignorante cuando no se convierta en criminal.

Comprendemos que se rechazara el principio de la investigación si el reconocimiento se exigiera desde luego, no cuando para obtenerlo ha de seguirse un pleito, y, por tanto, la declaración de hijo natural ha de hacerse en virtud de las pruebas suministradas en el mismo. Hablar, pues, como lo hace Bigot-Préameneu, de pleitos escandalosos y de fallos arbitrarios, es hacer recaer sobre aquellos mismos hacia los que tanto respeto quieren aparentar, la causa de los abusos que nos presentan, pero sin alterar en lo más mínimo la virtualidad del principio, que permanece incólume. A nadie se le ha ocurrido pensar y sostener que, porque los encargados de aplicar las leyes hayan dictado un fallo injusto ó arbitrario en cuestiones de propiedad ó de posesión, por ejemplo, deba prohibirse la acción reivindicatoria y suprimirse los interdictos. Lo que indica la sana crítica en este caso es castigar la ignorancia ó la omisión, no el que incurriendo en ésta una persona sufra otra las consecuencias, especialmente si son tan perjudiciales como la privación ó restricción de un derecho.

De más fuerza aparece á primera vista la objeción que hace Duveyrier de que constituyendo el matrimonio una presunción legal de la paternidad, fuera de él no es posible afirmar presunción ninguna; pero este razonamiento, aunque cierto, no es pertinente, puesto que se trata de cuestiones esencialmente distintas. La investigación de la paternidad no tiene por objeto establecer *a priori* presunción de ningún género, como en el caso del matrimonio, sino permitir al hijo el ejercicio de un derecho encaminado á buscar y obtener un estado civil.

No se intenta tampoco establecer un signo indeleble de la legitimidad, por decirlo así, del hijo natural, mediante el cual, y *sin necesidad de prueba*, se adquiera la certidumbre absoluta de aquélla, cosa que no sucede en el caso del matrimonio; se pretende sólo que se conceda al hijo el derecho de *probar* su filiación y de que se declare la paternidad una vez que *esté demostrada*. La diferencia, pues, entre ambos casos es radical.

Sería una verdadera temeridad y revestiría los caracteres de un acto arbitrario, como asentamos ya en el comentario del artículo 130, que la ley impusiese á una persona una determinada paternidad. Pero no hay por qué hablar de arbitrariedad cuando existe la garantía de un litigio que es necesario seguir para obtener la declaración de paternidad, cuando ésta ha de hacerse en atención á las pruebas practicadas en el pleito, en una palabra, después de haber sido vencido en juicio aquel á quien se atribuya. Tener recelo, aparentar, pues, miedo de la investigación de la paternidad, vale tanto como desconfiar de la rectitud de los que desempeñan la función social de la administración de justicia, é implica un verdadero desacato contra los Tribunales, y aun más que esto, un ultraje sangriento dirigido á la Magistratura.

Cabe alegar un último razonamiento en pro de la investigación de la paternidad. Es tendencia instintiva de los seres irracionales buscar á aquellos otros que los han creado y de quienes proceden; ¿por qué prohibir esta misma tendencia *reflexiva* del hombre, sér racional por excelencia? ¿Por qué truncar una ley natural é irresistible, innata en todos los seres? El hombre sabe que su nacimiento es debido á la unión sexual de un varón y de una mujer; ¿en virtud de qué principio científico ó de justicia se le impide que desee averiguar quién ha sido ese varón? Difícil es contestar á tales preguntas. Lo que resulta fácil es expresar la consecuencia que de ellas se deduce: que los hombres, seres racionales, han borrado y destruído un derecho natural que los demás de la creación respetan y acatan como fundado que está en las leyes supremas por que se rige la Naturaleza.

Aún vamos más allá en nuestra opinión. Entendemos que aun siendo ciertos los abusos de que se habla, no autorizaba esto ni la supresión, ni la limitación del ejercicio del derecho que nos ocupa, porque, como ya hemos expuesto en otro lugar de este

mismo comentario, la posibilidad del abuso no puede justificar nunca la destrucción de un derecho, puesto que en este caso deberían ser suprimidos todos, tanto los políticos como los meramente civiles, porque en todos es probable que ocurra alguna extralimitación. Queremos decir con esto que no nos hallamos conformes con lo que hace nuestro Código estableciendo restricciones al principio de la investigación de la paternidad, por lo que puedan tener de arbitrarias. Al limitar y restringir la ley el uso de una facultad evitará, no lo dudamos, que algunas personas se sirvan de ella para fines perversos; pero acaso impida también que otras lo utilicen con razón y fundamento para ello. La prohibición que establezca una ley, al mismo tiempo que dirigida contra los que intenten infringirla y aplicarla con fines egoístas, puede alcanzar á los que no pensaron obrar con tal intención. Por eso entendemos que deben corregirse los abusos á que pueda dar lugar el ejercicio de un derecho, no restringiendo sino castigando, no comprendiendo tal vez dentro de una prohibición al inocente y al culpable, sino estableciendo una penalidad para éste. Aplicando estas consideraciones generales al caso especial que nos ocupa, creemos antijurídico establecer restricciones á la investigación de la paternidad, porque, insistiendo en lo que ya hemos dicho, si bien alejará el peligro de que una persona desprovista de honradez y de conciencia pretenda una falsa paternidad, acaso sea obstáculo insuperable para que un hijo inocente obtenga la debida reparación.

¿Qué doctrina es por consiguiente la más conforme con los principios de la teoría y hasta con las conveniencias de la realidad? En nuestro modo de ver, el de la libertad absoluta de la investigación con una sanción especial para los que procedieran con mala fe y móviles interesados. ¿Cuál había de ser esta sanción? La primera que ocurre señalar como tal es la indemnización de daños y perjuicios; pero no es temerario asegurar que los que obraren guiados por ideas de lucro se encontrarían las más de las veces adornados de la frecuente cualidad de la insolvencia, y aquélla sería ilusoria por completo. Nosotros estimamos que correspondería establecer una sanción penal consistente en considerar el hecho de pretender una paternidad incierta y falsa, como constitutiva del delito de usurpación de estado civil en el grado de la tentativa. No se acomoda esto al concepto de la usur-

pación, admitido por el derecho penal vigente, que exige para que se incurra en tal delito (*sentencia de* 5 *de Mayo de* 1887) que el que lo cometa valiéndose de una ficción, trate de sustituirse por sí mismo á otra persona real y existente, para usar de sus derechos, es decir, que precisa siempre la existencia de una persona cuyos derechos se pretendan usurpar, como lo expresa también con claridad el art. 485 del Código penal al decir «el que usurpare el estado civil de otro;» pero precisamente lo que deseamos es ampliar el precepto del citado artículo al hecho que nos ocupa, al menos en caso de insolvencia, por entender que en realidad existe una usurpación.

El que intenta obtener la declaración de hijo natural de otra persona busca un estado civil, es decir, una condición jurídica especial de su personalidad, y claro es que cuando quedase demostrado de manera notoria y ostensible que el supuesto hijo había promovido el pleito con temeridad palmaria, quedaba también probado que había querido atribuirse una cualidad que sabía no le correspondía, que es lo que constituye la usurpación en sentido lato. En oposición á esto, y dado que resultaría odioso el que, á la vez que se afirmaba la paternidad de un individuo se decretase la comisión de un delito por el padre (el abandono de menores, como hemos expresado en otro lugar), impondríamos como penalidad de carácter civil la entrega al hijo del importe de los alimentos que debió satisfacer desde el nacimiento ó abandono de éste hasta que fué reconocido, á más del de los daños y perjuicios que pudiera haber sufrido con ocasión de la conducta del primero.

Estudiada la cuestión que envuelve el artículo en su aspecto puramente teórico y general, corresponde hacerlo ahora en el meramente positivo y especial de nuestro derecho.

No contenía éste antes de la publicación del Código ley concreta sobre el particular; pero la práctica había suplido el silencio de la ley, y la jurisprudencia había también convertido esa misma práctica en un derecho por nadie discutido.

Dos sentencias hay que confirman lo acabado de exponer: la de 16 de Octubre de 1865 y 18 de Marzo de 1873. La primera declara que «en el estado actual de nuestra legislación no es cierto el principio de que fuera del matrimonio y del concubinato habido dentro de la propia casa, no es lícito ni aun posible

inquirir ó hacer civilmente averiguaciones sobre la paternidad,» puesto que nuestras leyes, no menos que la práctica constante de los Tribunales, autorizan la investigación civil de la paternidad en todos los demás casos que las mismas determinan; la segunda establece que «no es jurisprudencia admitida por los Tribunales ni establecida por el Supremo la de que se prohiba fuera de matrimonio la investigación de la paternidad del que pretenda la calidad de hijo natural después de la muerte de aquel á quien intente atribuirla.»

El Código español, inspirándose en los antecedentes nacionales, no prohibe expresamente la investigación de la paternidad, pero tampoco la autoriza, puesto que lo que hace es permitir la declaración judicial de la misma, cuando consta ya extrajudicialmente, como se desprende de los casos primero y segundo del artículo.

Es el primero, el de que exista escrito indubitado del padre en que expresamente reconozca su paternidad, y á la verdad que no se concibe tal precepto sino teniendo en cuenta la prevención y el recelo con que han mirado los legisladores de todos los países cuanto se refería á los hijos naturales. Cuando el padre ha reconocido al hijo, no de una manera tácita, sino expresa, y no por virtud de un escrito cualquiera, sino de uno indubitado, es decir, de los que no dan lugar á duda ninguna, ¿por qué obligar al hijo á seguir un pleito para obtener lo que ya es cierto é indudable? Resulta el precepto del artículo más gravoso y desfavorable para el hijo en el caso en que existiendo el padre ó quien le represente, de conformidad con lo dispuesto en el núm. 1.° del artículo 137, tenga que dirigir su acción contra los herederos del presunto padre. ¿Por qué el hijo se ha de ver precisado á entablar un litigio contra ellos á fin de conseguir lo que con anterioridad estaba ya demostrado? ¿Por qué este doble reconocimiento, es decir, el forzoso, después del voluntario?

Análogas objeciones merece el caso segundo. ¿Por qué el hijo ha de probar la paternidad cuando ésta consta por actos directos del padre ó de su familia? ¿Por qué una nueva justificación de su filiación natural si el hijo—y de este supuesto parte el Código—se halla disfrutando de la posesión continua de tal estado civil? ¿Qué reconocimiento más expreso se quiere que la conducta del principal y directamente interesado? Permitir la

investigación de la paternidad, como hace el Código en los dos primeros casos de este artículo, cuando ésta se halla demostrada, equivale á negar indirectamente tal derecho, puesto que en ambos el reconocimiento queda al capricho y á la voluntad del padre. Quien deja un escrito afirmando la paternidad de un hijo natural ó tiene á éste en su casa alimentándole y educándole, indica que no es un malvado, y puede asegurarse que tarde ó temprano reconocería al hijo de alguno de los modos determinados en el art. 131. No es, por tanto, respecto de estos padres contra los que hay que permitir la investigación, sino contra aquellos otros que ostentando tal carácter por su conducta viciosa ó acaso criminal, hayan omitido conscientemente el incurrir en alguno de los dos números del artículo.

Para nosotros las dos circunstancias del artículo constituyen una prueba de la filiación natural, equivalente á la que establecen los artículos 116 y 117 en cuanto á la legítima, esto es, supletoria de la expresa contenida respectivamente en el 115 y el 131, y en este sentido creemos que debían figurar en el Código. Siendo uno mismo el contenido de la posesión constante de estado, tanto de hijo legítimo como de natural, á saber, la presunción que encierran en cuanto á la paternidad é identidad del hijo, no había para qué establecer distinciones, pues estos extremos se ofrecen con igual evidencia en una que en otra filiación. Precisa, sin embargo, doblegarse ante el derecho positivo y limitarse á explicar el alcance del mismo.

Al decir el caso 1.° del artículo «que exista escrito indubitado» parece indicar que el documento (privado por supuesto) ha de reunir tal condición con anterioridad al pleito, y bajo este aspecto lo hemos combatido. Pero aunque así suceda algunas veces, por ejemplo, una carta confirmada por otras posteriores, no obtendrá dicho carácter hasta que en el período de prueba se demuestre ésto, ya por la confesión judicial, ya por el reconocimiento de la letra y de la firma y rúbrica, ó bien por el cotejo de letras. Habiendo un precepto expreso respecto de qué documentos se entienden indubitados para el efecto especial del cotejo, consideramos oportuno mencionarlo, porque indudablemente ha de ser el que sirva de base para la doctrina que sobre este particular puedan crear los Tribunales. Es el aludido precepto el art. 108 de la ley de Enjuiciamiento civil, concebido en los siguientes términos:

«Se considerarán como indubitados para el cotejo:

1.° Los documentos que las partes reconozcan como tales, de común acuerdo.

2.° Las escrituras públicas y solemnes.

3.° Los documentos privados, cuya letra ó firma hayan sido reconocidas en juicio por aquel á quien se atribuya la dudosa.

4.° El escrito impugnado, en la parte en que reconozca la letra como suya aquel á quien perjudique.

A falta de estos medios, la parte á quien se atribuya el documento impugnado ó la firma que lo autorice, podrá ser requerida á instancia de la contraria para que forme un cuerpo de escritura que en el acto le dictará el Juez. Si se negase á ello, se le podrá estimar por confeso en el reconocimiento del documento impugnado.»

De los enumerados en este artículo habrá que exceptuar los comprendidos en el caso 2.°, puesto que se trata de documentos públicos y éstos constituyen una de las formas del reconocimiento voluntario y extrajudicial, según declara el art. 131 del Código.

Tocante al caso 2.°, el hijo debe probar el goce de la posesión constante de estado de hijo natural, esto es, los actos ejecutados por el padre y su familia expresivos de la paternidad, tales como el vivir con aquél ó con ésta, el haber atendido á su subsistencia y educación, etc. Además, tanto en este caso como en el anterior, tendrá que acreditar su cualidad de natural, demostrando la libertad de su padre al tiempo de la concepción. ¿Deberá probar también la de la madre y la relación carnal de ésta con el pretendido padre? El Código no lo exige, y tampoco la naturaleza de los casos del artículo que hacen relación directa y especial al padre, sobre todo en el de la posesión de estado, que tiene un valor meramente externo. Además, si la ley permite hacer el reconocimiento *voluntario* separadamente, y aun prohibe en este caso al que reconoce, revelar el nombre ó alguna circunstancia de la persona con la que tuvo el hijo, no hay razón que justifique el que rija otra disposición en el *forzoso*. Ahora bien: esta doctrina que se desprende de las reglas del Código, ó que á lo menos por analogía es la que parece aplicable, presenta el mismo inconveniente y defecto que ya señalamos al tratar en el artículo 132 del reconocimiento voluntario, el de que puedan ser

reconocidos como naturales hijos que no lo sean. Es verdad que la persona contra quien se dirija la demanda de paternidad podrá poner de relieve la condición ilegítima en sentido estricto, pero también es cierto que en algunas ocasiones prefiera guardar absoluto silencio para ocultar la deshonra de una mujer casada, evitando las consecuencias fatales de su confesión.

El caso tercero y último en que el Código obliga al padre á reconocer al hijo, es cuando haya existido violación, estupro ó rapto, de acuerdo con lo que establece el Código penal en su artículo 464, cuyo tenor literal es el siguiente.

«Los reos de violación, estupro ó rapto serán también condenados por vía de indemnización:

1.° A dotar á la ofendida, si fuese soltera ó viuda.

2.° *A reconocer la prole*, si la calidad de su origen no lo impidiere (esto es, si es natural, no de las restantes clases de ilegítimos).

3.° En todo caso á mantener la prole.»

Todos los Códigos admiten en este caso (único establecido en el Código francés) el reconocimiento, que defienden aun aquellos que combaten el principio de la investigación. La ley—dice Bigot-Préameneu—no admite más que una sola excepción, el caso de rapto, cuando la época del mismo se relaciona con la de la concepción. En este caso, el delito del seductor y la presunción fundada de que es el autor del embarazo de la mujer cuando el rapto se refiera á la época de la concepción, son motivos suficientes para ser declarado padre del hijo.

En igual sentido habla Duveyrier. «La regla—expone—que prohibe la investigación de la paternidad fuera del matrimonio, no tiene más que una excepción, el caso del rapto, cuando se pruebe que la época de tal hecho corresponde á la de la concepción. Tal excepción es la consecuencia de un crimen, y de un crimen probado. Es cierto que no hay matrimonio; pero hay necesidad, ó mejor dicho, imposición necesaria del mismo. Es verdad que no hay cohabitación pública, pero hay cohabitación privada. La violencia del uno, la oposición del otro suplen el consentimiento auténtico y mutuo. La paternidad no se deduce más que por indicios ó conjeturas; pero las conjeturas y los indicios recaen sobre un solo individuo, sobre un solo delincuente. La reparación se debe, pues, á la víctima, y al culpable precisa imponerle un castigo.»

Varias cuestiones de carácter práctico, derivadas de la doctrina del artículo, conviene estudiar por la importancia que encierran. Una de ellas es quién ha de representar al hijo en el pleito para exigir su reconocimiento por el padre cuando se ignore legalmente quién es su madre y aquél sea menor. La solución entendemos que se encuentra en el art. 165, que prescribe que cuando se trate de un asunto en que el padre ó la madre tengan un interés opuesto al de sus hijos no emancipados, se nombrará á éstos un defensor que lo represente en juicio y fuera de él, á petición, ya del menor, del Ministerio fiscal ó de cualquiera persona capaz de comparecer en juicio. Este mismo es el espíritu de las disposiciones de la ley de Enjuiciamiento civil (artículos 1.994, 95 y 97) sobre la habilitación para el extremo acabado de indicar.

Refiérese la otra cuestión á si los herederos del hijo natural que haya muerto podrán exigir el reconocimiento del padre. Por ejemplo: si un nieto, en el caso de que haya muerto su causahabiente sin ser reconocido, tendrá derecho para que lo sea por su abuelo. El Código habla siempre del hijo, sin mencionar para nada á los descendientes del mismo, y hace esto tratándose, no sólo del reconocimiento forzoso, sino del voluntario. Si á esto añadimos que al ocuparse la ley de los derechos sucesorios de los hijos naturales emplea siempre la palabra «reconocidos», y tenemos asimismo en cuenta el espíritu restrictivo que domina en todo lo concerniente á dichos hijos, precisa inferir que los herederos de éstos carecen de tal facultad. Pero así como no vemos inconveniente en que un abuelo reconozca á su nieto, muerto el hijo, aunque el art. 131 mencione sólo á éste, creemos que tal reconocimiento produciría los efectos legales consiguientes; y así como también los herederos del padre tienen, con arreglo al artículo 138, el derecho de impugnar el verificado por el mismo, no vemos razón alguna para privar á los del hijo de un derecho más justo y más sagrado que el concedido á los del padre, que al fin y al cabo se apoya en una consideración de índole secundaria, como es el perjuicio que puedan sufrir en la herencia. El contrastre es mayor en el caso de la madre, cuyo derecho dicta la conciencia que debía ser preferido, ó por lo menos igual al de los herederos del padre. Por eso es de lamentar el silencio del Código, que deseamos ver interpretado en el sentido formulado

por nosotros, ya que así lo aconseja de consuno la equidad y la justicia.

ART. 136. La madre estará obligada á reconocer al hijo natural:

1.° Cuando el hijo se halle, respecto de la madre, en cualquiera de los casos expresados en el artículo anterior.

2.° Cuando se pruebe cumplidamente el hecho del parto y la identidad del hijo.

Concordancias.—Igual al art. 115 del proyecto de 1882.

PRECEDENTES LEGALES.—*Ninguno.*

COMENTARIO.—No existe respecto de la investigación de la maternidad la diversidad de opiniones entre autores y jurisconsultos que en cuanto á la de la paternidad. Limitándonos á los citados por nosotros en el artículo anterior, vemos que los mismos que en la discusión del Código civil francés combatieron la primera, se mostraron partidarios de la segunda, y dicho Código, que rechaza la una, admite y acepta la otra.

«La investigación de la maternidad—dice Duveyrier—encuentra su prueba evidente en las leyes naturales y en las sociales. Es un hecho que cae dentro de la esfera de los sentidos y que con frecuencia no necesita prueba. Sería bárbaro á la vez que impolítico prohibir al hijo en todos los casos el derecho de buscar á la madre que se oculta, pero que la naturaleza no rehusa nunca descubrir.» Lahary manifiesta que «ofreciendo la maternidad hechos ciertos y positivos, parece difícil engañar á la justicia en cuanto á este extremo», y Bigot-Préameneu que «tocante á la investigación de la maternidad, no se trata ya de penetrar los misterios de la naturaleza; el parto y la identidad del hijo son dos hechos positivos que pueden ser demostrados.»

Pero si se muestran favorables á la investigación de la maternidad, no es en términos absolutos en cuanto al ejercicio del de-

recho correspondiente. Aceptan el principio, pero quieren y establecen restricciones al mismo. Bigot-Préameneu expresa que «la ley debe tomar precauciones contra la clase de pruebas que puedan ser admitidas. Si el temor de vejaciones y de la difamación ha obligado á rechazar la investigación de la paternidad, sería para las mujeres una desgracia más grande que su honor pudiera ser comprometido por algunos testigos complacientes ó sobornados. No es dable presumir que un individuo haya venido al mundo sin dejar por escrito algunos indicios, ya del parto, ya de los cuidados que le han sido suministrados. Es, pues, un acto de justicia particular á la vez que de honradez pública, no obligar al hijo á probar siempre su identidad.»

Lahary afirma que «si la ley debe proteger al hijo que pretende gozar de los derechos que le concede la naturaleza, debe igualmente garantir á la madre de estos ataques y de tales investigaciones, que no pueden ser dirigidos contra ella sin herir su reputación, el más precioso de todos los bienes para una mujer virtuosa.»

Nuestra opinión acerca de la investigación de la maternidad es la misma que respecto de la de la paternidad, á saber: libertad absoluta en cuanto al ejercicio de tal derecho, con la sanción penal que hemos indicado al ocuparnos de la última.

La doctrina del artículo es nueva y consecuencia natural y necesaria dada la del 129, que permite el reconocimiento separado de cada uno de los padres, no siendo posible que existiera en la antigua legislación, puesto que ésta, tomándolo del Derecho Romano, aceptaba como principio inconcuso el de la certeza del vientre.

Los casos en que el Código admite el reconocimiento forzoso del hijo son los mismos que señala en cuanto al padre y uno más (verdadera investigación de la maternidad): el de que pruebe aquél de una manera cumplida el hecho del parto y su identidad, ó sea, que es precisamente el nacido en el parto á que se refiera. Deberá, pues, probar en primer término la certeza de éste, pues si no lo demuestra, claro es que no podrá acreditar su identidad, que presupone la existencia del parto.

Reproducimos aquí las diversas cuestiones tratadas por nosotros en el anterior artículo, que son también pertinentes, y que sería ocioso exponer de nuevo.

ART. 137. Las acciones para el reconocimiento de hijos naturales sólo podrán ejercitarse en vida de los presuntos padres, salvo en los casos siguientes:

1.° Si el padre ó la madre hubiesen fallecido durante la menor edad del hijo, en cuyo caso éste podrá deducir la acción antes de que transcurran los primeros cuatro años de su mayor edad.

2.° Si después de la muerte del padre ó de la madre apareciere algún documento de que antes no se hubiese tenido noticia, en el que reconozcan expresamente al hijo.

En este caso, la acción deberá deducirse dentro de los seis meses siguientes al hallazgo del documento.

Concordancias.—Igual al art. 116 del proyecto de Código de 1882.

PRECEDENTES LEGALES.—*Ninguno.*

COMENTARIO.—Encontramos acertado el espíritu del artículo al establecer la investigación de la paternidad y maternidad *mortis-causa*, precepto que indica un gran sentido práctico por parte del legislador. No así en lo relativo á la circunstancia de limitar el derecho del hijo para exigir su reconocimiento cuando el padre ó la madre hubieran fallecido durante la menor edad. No creemos que debiera haberse establecido esta distinción con respecto á la edad del hijo, puesto que puede existir un caso en que éste resulte perjudicado en sus derechos por la disposición del artículo: el del hijo natural no reconocido del modo que determina el art. 131 que disfrute de la posesión continua de estado. Existe un hijo de esta índole que vive con su padre ó su madre, los cuales han ejercitado respecto de él actos directos de paternidad ó maternidad. El padre ó la madre fallecen sin haber reconocido al hijo, siendo éste mayor de edad; ¿qué sucederá entonces? Que como quiera que la ley sólo permite el reconocimiento después de la muerte de los padres cuando el hijo sea menor, éste, en el

caso que examinamos, no tendrá derecho sucesorio alguno, ni gozará nunca de la condición legal de natural, á pesar de los actos directos del padre ó la madre afirmativos de esta cualidad. Es decir, que la ley obliga al hijo á promover un pleito contra sus padres, ó á lo menos amenazarles con él, para exigirles judicial y forzosamente su reconocimiento, porque de lo contrario se expone, si por negligencia ó imposibilidad no le reconocen por alguno de los medios extrajudiciales establecidos en el art. 131, á perder todos sus derechos en el caso probable de que aquéllos fallezcan dentro de la mayor edad del hijo.

Dos cuestiones se derivan del precepto del artículo. ¿Contra quién ha de dirigir el hijo su acción? Indudablemente que ha de ser contra los herederos del padre ó de la madre, ya porque éstos son la continuación de la personalidad del difunto y sucesores del mismo en sus derechos y obligaciones, como declara el artículo 661, ya también porque son los que tienen interés directo en la cuestión, puesto que del reconocimiento depende que se disminuyan ó extingan sus derechos hereditarios.

La otra cuestión se refiere al caso en que un menor de edad trate de exigir el reconocimiento de los herederos de uno de los padres sin estar reconocido por el otro. ¿Quién representará al hijo en el pleito que entable? La cuestión la hemos resuelto en el comentario del art. 134 en el sentido de que se nombrare al hijo el defensor de que habla el 165, ó sea el antiguo curador para pleitos.

Algunas ligeras observaciones requiere el caso segundo. No se exige en él, como en el primero del art. 135, que el documento sea indubitado, ni tampoco distingue entre si ha de ser público ó privado, como hace el acabado de indicar al emplear la palabra «escrito;» lo que sí requiere es que en él se reconozca expresamente al hijo y que no se tuviere noticia de tal escrito con anterioridad á la muerte del padre ó de la madre. ¿Ha de llevarse el rigor de este requisito hasta el extremo de denegar la paternidad, si se prueba que el hijo tuvo conocimiento del escrito durante la vida de sus padres? Así se desprende del tenor literal del artículo, establecido especialmente para este caso, pues para el que exponemos ya está el primero del 135. Pero acaso la omisión del hijo sea debida al justo respeto que ha de sentir hacia su padre ó su madre, y resultaría arbitrario que por esta causa,

y en general por una circunstancia extraña por completo al punto principal, ó sea la confesión de la madre ó del padre de la identidad del hijo, se privase á éste del beneficio que la ley le concede. Además, no hay que olvidar que existe el principio jurídico de que las leyes han de restringirse en lo odioso y ampliarse en lo favorable, de perfecta aplicación al caso presente, dado que resultaría odioso el que se restringiera la ley hasta el extremo de negar un derecho sagrado por la falta de un requisito accidental.

ART. 138. El reconocimiento hecho á favor de un hijo que no reuna las condiciones del párrafo segundo del art. 119, ó en el cual se haya faltado á las prescripciones de esta sección, podrá ser impugnado por aquellos á quienes perjudique.

Concordancias.—Igual al art. 117 del proyecto de Código de 1882.

PRECEDENTES LEGALES.—*Ninguno.*

COMENTARIO.—Contiene este artículo, respecto del reconocimiento de los hijos naturales, la misma doctrina que el 128 en cuanto á su legitimación. De aquí que casi todo lo expuesto en éste sea pertinente con relación á aquél.

El artículo concede la facultad de impugnar la legitimación á las personas que sufran perjuicio con el reconocimiento. ¿Y quiénes han de considerarse perjudicados para este efecto? La respuesta es sencilla. Todos aquellos que por virtud del acto del reconocimiento puedan experimentar una reducción en sus derechos sucesorios, ó perder éstos por completo; es decir, los descendientes y ascendientes del padre que reconozca, dados los preceptos de los artículos 840 y 841, y los colaterales, puesto que de no existir hijos naturales les corresponde *abintestato* la herencia.

¿De qué reconocimiento trata el Código? ¿Del judicial ó del

extrajudicial? Aunque dadas las palabras del artículo parece referirse á uno y otro, puesto que habla de las prescripciones de toda la sección, y ésta atañe á los dos, sin embargo, el reconocimiento judicial obtenido en virtud de una sentencia firme tiene la santidad de cosa juzgada, y no es posible, de conformidad con los principios del Derecho procesal, promover un nuevo pleito para impugnar lo que está ya fuera de discusión.

Laurent rechaza este derecho á favor de los herederos. «Si la ley—dice—prohibe al hijo buscar á su padre, debe con más razón prohibir la investigación de la paternidad que los herederos intenten contra el hijo. Éste tiene un derecho moral que los autores del Código no han tenido en cuenta por motivos de orden público: menos aún puede serles permitido á los herederos que no tienen más que un interés pecuniario. Si el legislador—añade—prohibe la investigación de la paternidad porque la naturaleza, según Bigot-Préameneu, ha cubierto de un velo impenetrable la transmisión de nuestra existencia, no hay motivo para establecer una distinción en pro de los herederos cuando respecto de ellos subsiste esa misma circunstancia.»

Aunque comprendemos la verdad del razonamiento de Laurent, creemos acertado el precepto de nuestro Código, para evitar que los herederos sean perjudicados con algún reconocimiento en que se falte á sus prescripciones.

SECCIÓN SEGUNDA

De los demás hijos ilegítimos.

Dedica el Código una sección á los hijos ilegítimos, definiéndolos en sentido negativo, puesto que considera de esta condición á todos aquellos que no reúnen la de naturales.

Tres artículos forman la sección, que bien pudieran constituir uno solo. En el primero (139) expresa el único derecho que el Código les reconoce, ó sea el de alimentos. El segundo (140) determina los casos en que

pueden ejercitar tal derecho, y el último (141) contiene una prohibición que se refiere á dos de los casos del anterior.

La doctrina de la sección es sencilla á causa de no reconocer la ley derecho alguno hereditario á los hijos ilegítimos, para los cuales resulta poco ventajosa bajo este punto de vista.

ART. 139. Los hijos ilegítimos, en quienes no concurra la condición legal de naturales, sólo tendrán derecho á exigir de sus padres alimentos conforme al artículo 143.

Concordancias.—Derivado del art. 132 del proyecto de 1851 en cuanto al derecho á los alimentos. Igual al 118 del de 1882.

PRECEDENTES LEGALES. — *Quiénes son hijos ilegítimos.*— *Par.* 4.ª, *tit. XV, ley* 1.ª — Naturales, e non legitimos, llamaron los sabios antiguos á los fijos que non nascen de casamiento segund ley; assi como los que fazen en las barraganas. E los fornezinos, que nascen de adulterio, o son fechos en parienta, o en mugeres de Orden. E estos non son llamados naturales: porque son fechos contra ley, e contra razon natural. Otrosi fijos y a, que son llamados en latin manzeres, e tomaron este nome de dos partes de latin: manua, scelus, que quier tanto dezir, como pecado infernal. Ca los que son llamados manzeres, nascen de las mugeres que están en la puteria, e danse a todos a ellas vienen. E por ende non pueden saber, cuyos fijos son los que nascen dellas. E omes y a, que dizen, que manzer tanto quiere dezir como manzillado. E otra manera ha de fijos, que son llamados en latin espurii; que quier tanto dezir, como de los que nascen de las mugeres, que tienen algunos por barraganas de fuera de sus casas, e son ellas atales que se dan a otros omes, sin aquellos que las tienen por amigas; por ende non saben quien es su padre del que nasce de tal muger. E otra manera ha de fijos, que son llamados notos; e estos son los que nascen de

adulterio: e son llamados notos, porque semeja, que son fijos conoscidos del marido que le tiene en su casa, e non lo son.

Derechos de los hijos ilegítimos.—Fuero Real, lib. III, tít. X, ley 11.—Defendemos que ninguno pueda mandar de sus cosas á... fijo que hiciese en adulterio, ni en parienta, ni muger de otro.

Lib. idem, tít. VI, ley 4.ª—Si home que hobiere muger, é casare con otra, é hobiere fijos de ella, si esta con quien casa no supiere que era casado, estos hijos sean herederos...

Part. 4.ª, *tít. XV, ley* 2.ª—Daño muy grande viene á los fijos, por non ser legítimos. Primeramente, que non han las honras de los padres, nin de los abuelos. E otrosi, quando fuessen escogidos para algunas dignidades, ó honras, poderlas y así perder por esta razon, e demas, non podrian heredar los bienes de los padres, nin de los abuelos, nin de los otros parientes que descendieren dellos: assi como dize en las leyes del Título de las Herencias, que fablan en esta razon.

Part. 4.ª, *tít. XIX, ley* 5.ª—... Mas los que nascen de otras mugeres, assi como de adulterio, ó de incesto, ó de otro fornicio, los parientes que suben por la liña derecha de partes del padre, non son tenudos de los criar, si non quissieren; fueras ende, si lo fizieren por su mesura, mouiendose naturalmente á criarlos, e á fazerles alguna merced, assi como farian á otros estraños, porque non mueran. Mas los parientes que suben por liña derecha de parte de la madre, tambien ella como ellos tenudos son de los criar, si ouieren riqueza con que lo puedan facer. E esto es por esta razon: porque la madre siempre es cierta del fijo que nasce della, que es suyo; lo que non es el padre, de los que nascen de tales mugeres.

Part. 6.ª, *tít. XIII, ley* 10.—Nascido seyendo alguno de fornicacion, ó de incesto, ó de adulterio; este atal non puede ser llamado fijo natural, ni debe heredar ninguna cosa de los bienes de su padre.

Part. 6.ª, *tít. idem, ley* 11.—(Véase art. 134, *Precedentes legales.*)

Nov. Recop., lib. X, tit. XX, ley 5.ª (9 *de Toro*).—(Véase artículo 134, *Precedentes legales.*)

Nov. Recop., lib. idem, tit. idem, ley 4.ª—Por no dar ocasion que las mugeres asi viudas como virgenes sean barraganas de clé-

rigos, si sus hijos heredasen los bienes, y de sus padres ó sus parientes por privilegios ó cartas que tuviesen, ordenamos y mandamos, que los tales hijos de clérigos no hayan ni hereden, ni puedan haber ni heredar los bienes de sus padres clérigos, ni de otros parientes de parte del padre, ni hayan ni puedan gozar de cualquier manda, ó donacion ó vendida que les sea hecha por los susodichos, agora ni de aqui adelante: y qualesquier privilegios ó cartas que tengan ganadas, ó ganaren de aqui adelante en su ayuda contra lo que Nos asi ordenamos, mandamos que no les valan, ni se puedan de ellas aprovechar ni ayudar, ca Nos las revocamos y damos por ninguna.

ART. 140. El derecho á los alimentos de que habla el artículo anterior, sólo podrá ejercitarse:

1.° Si la paternidad ó maternidad se infiere de una sentencia firme, dictada en proceso criminal ó civil.

2.° Si la paternidad ó maternidad resulta de un documento indubitado del padre ó de la madre, en que expresamente reconozca la filiación.

3.° Respecto de la madre, siempre que se pruebe cumplidamente el hecho del parto y la identidad del hijo.

Concordancias.—Análogo al art. 119 del proyecto de Código de 1882.

PRECEDENTES LEGALES.—*Ninguno.*

ART. 141. Fuera de los casos expresados en los números 1.° y 2.° del artículo anterior, no se admitirá en juicio demanda alguna que, directa ni indirectamente tenga por objeto investigar la paternidad de los hijos ilegítimos en quienes no concurra la condición legal de naturales.

Concordancias.—Análogo al art. 127 del proyecto de Código de 1851 y al 120 del de 1882.

PRECEDENTES LEGALES.—*Ninguno.*

COMENTARIO DE LOS ARTÍCULOS 139, 140 Y 141.—El espíritu restrictivo que informa á las legislaciones de todos los países en lo referente á los hijos ilegítimos, se ofrece en su más alto grado cuando se trata de los propiamente tales, esto es, de los no naturales, verdaderos parias del orden social. Y en verdad que éste es el calificativo más acertado que puede dárseles. La consideración que ante la ley y la sociedad tienen hoy las distintas clases de hijos, guardan exacta proporción con la que gozaban las diversas castas en la India. Así como la de los brahmanes ó sacerdotes era la más noble y digna, pues como decía el Código de Manú, «entre los seres inteligentes son primero los hombres y entre éstos los brahmanes», así los hijos legítimos ocupan el primer lugar en la escala legal de la filiación. Vienen después los legitimados y á seguida los naturales, que bien pueden equipararse á los chatrias en cuanto al orden de preferencia bajo el punto de vista antes indicado, y por último, los demás ilegítimos, que, á semejanza de los sudras, representan una clase social abyecta, mirada con desprecio por las demás, y desprovista casi en absoluto de derechos.

Refléjanse en especial estas circunstancias en el extremo de la investigación de la paternidad ó maternidad de tales hijos, que rechazan en términos crueles y hasta ofensivos para la dignidad de éstos, los que tampoco la admiten con relación á los naturales. «El reconocimiento de los hijos adulterinos ó incestuosos—manifiesta Bigot-Préameneu—supone de parte del padre ó de la madre la confesión de un delito», y Lahary pregunta: «¿Hay algo más inmoral que asegurar la protección de la ley á un *hijo monstruoso*, que por algunos alimentos que puede obtener acusaría á los autores de sus días de haberle dado nacimiento por un delito, por un crimen?» Este es el capital argumento (que ésta y no otra palabra es la que merece) expuesto contra la investigación, y el que determinó su prohibición en el Código francés (artículos 335 y 342), que en nuestro sentir, no basta para justificarla.

Cierto es que la investigación presupone como base la denuncia de un hecho punible; pero ¿han olvidado los enemigos de aquélla que es de interés social el descubrimiento y castigo de todo delito? Fundándose en este mismo interés, ¿no admiten las legislaciones de los pueblos cultos el carácter de pública y popular para la acción penal? ¿No dice esto el art. 101 de nuestra ley de Enjuiciamiento criminal, confirmándolo el 270 de la misma al declarar que pueden querellarse todos los ciudadanos españoles, hayan sido ó no ofendidos por el delito? Pues si cualquier persona en la plenitud de los derechos civiles puede poner de manifiesto la existencia de un delito, ¿por qué prohibírselo al hijo cuando hace la denuncia, no con el fin único y directo del castigo del hecho penable, sino como medio necesario é indispensable para lograr la condición civil que le corresponde? Es verdad que el artículo 261 de la citada ley de Enjuiciamiento criminal exime al hijo de la obligación de denunciar, pero es que la denuncia á que se refiere la ley tiene un objeto exclusivamente penal, la acusación de un delito, y en la investigación no sucede esto. Además, hay casos en que no hace falta denunciar ni menos probar el delito, porque éste se halla ya demostrado, por ejemplo, en los de estupro, rapto ó violación, ó ejecutados por varón casado ó ligado con orden sagrado, de manera que en ellos no tiene aplicación el argumento de Bigot-Préameneu y Lahary. Nuestro Código civil, compenetrándose en parte de la justicia y evidencia de este último razonamiento, á la vez que de lo absurdo del precepto del caso 2.º del art. 464 del penal, que aun tratándose de tales delitos, sólo admitía el reconocimiento respecto de los naturales, concede al hijo ilegítimo (caso 2.º del art. 140) el derecho de alimentos cuando la paternidad ó maternidad se infiera de un proceso criminal.

Pero lo que no puede tolerarse en modo alguno son las palabras de Lahary calificando de monstruoso al hijo ilegítimo (adulterino ó incestuoso). ¿Quién ha pensado jamás llamar criminal al hijo, inocente del delito que haya podido cometer un padre ó una madre? ¿Desde cuándo y en virtud de qué principio una persona ha de sufrir las consecuencias, si no materiales, morales, por lo menos, del crimen cometido por otra? ¿Quién es aquí el monstruo, el hijo que ha venido al mundo de una manera arbitraria y sin su consentimiento, como dice Kant al explicar el fundamento de los

alimentos, ó el padre y la madre que le han dado el sér impulsados por un amor sacrílego ó criminal? ¿Merece estos calificativos el hijo que se ve abandonado por sus padres, privado de esos alimentos de que tan desdeñosamente habla Lahary, y que son indispensables para la vida física é intelectual de todo hombre? Inútil sería insistir más sobre la consideración con que éste combate la investigación de la paternidad ó maternidad respecto de los hijos ilegítimos, y sólo expondremos en pro de la misma un último razonamiento. La generación humana—decíamos ya en el comentario del art. 130—supone indefectiblemente el concurso de dos personas de distinto sexo; ¿por qué entonces no permitir al hombre que investigue quiénes han podido ser el varón y la hembra que le han procreado? No lo sabemos; lo que sí podemos decir es que prohibir tal investigación equivale á proclamar la *generación espontánea legal*, puesto que se admite la existencia de un sér humano sin que se conozcan ni puedan ser conocidos sus padres.

Vamos á estudiar ahora el derecho positivo de esta materia, ó sea la doctrina de los artículos comprendidos en este comentario.

El Código no define en particular cada uno de los hijos ilegítimos á que se refiere la sección, como hacía la ley 1.ª del tít. XV de la Part. 4.ª, sino que en términos generales abraza á todos aquellos en quienes no concurre la condición legal de naturales. Ahora bien: de los enumerados en dicha ley, adulterinos, manceres, espúreos, notos y sacrílegos é incestuosos, ¿cuáles son hoy verdaderamente ilegítimos? En nuestro sentir, sólo los adulterinos y los sacrílegos, dado el concepto de hijo natural establecido en el art. 119 del Código. Los demás, ya sean de los que la antigua legislación llamaba manceres ó espúreos, ora sean incestuosos, puesto que la libertad de los padres al tiempo de la concepción de los hijos alcanza á los que pueden casarse sin dispensa ó con ella, caen dentro del precepto del citado artículo.

Tres son los casos, según el art. 140, en que puede ejercitarse el derecho á los alimentos que establece el 139. Es el primero el de que la paternidad ó maternidad se infiera de una sentencia en proceso criminal ó en pleito civil. Este último tendrá lugar cuando, por ejemplo, se haya promovido un juicio de alimentos provisionales ó un litigio encaminado directamente á demostrar

la paternidad ó maternidad con resultado satisfactorio, y lo primero, cuando haya habido sentencia condenatoria en causa seguida por los delitos de violación, estupro ó rapto, caso en el que queda destruída la objeción que hacen Lahary y Bigot-Préameneu de considerar odioso al hijo que trate de fundar su estado civil en la acusación dirigida contra sus padres, puesto que aquí ya no es el hijo, sino la sociedad, por medio de su representante legal, quien acusa, y el delito no permanece oculto en la obscuridad, sino que se encuentra ya bajo la sanción de los Tribunales.

Atañe el núm. 2.° del art. 140 al caso del reconocimiento voluntario, esto es, al de que la paternidad ó maternidad resulte de un documento indubitado del padre ó de la madre en que expresamente se reconozca la filiación. El Código exige que el documento sea indubitado, pero sin precisar si ha de ser público ó privado, con tal que el reconocimiento sea expreso, de donde se deduce que comprende tanto los de una como los de otra clase. Dentro de este inciso se encuentra comprendido el caso de la inscripción del hijo ilegítimo en el Registro civil verificada con arreglo á lo dispuesto en el núm. 7.° del art. 48 y el 51 de la ley del Registro civil.

El caso tercero y último se refiere especialmente á la madre, que queda obligada á la prestación de alimentos, siempre que se pruebe de una manera cumplida el hecho del parto y la identidad del hijo, sobre lo cual damos por reproducido lo que dijimos ocupándonos de igual extremo en cuanto á los hijos naturales.

Una cuestión importa examinar. ¿Cómo ha de ejercitarse el derecho de alimentos? ó en otros términos: ¿qué procedimiento judicial ha de seguirse para conseguir la prestación de alimentos cuando la persona obligada se niegue á verificar extrajudicialmente dicha prestación? La respuesta entendemos que ha de ser diversa, según los distintos casos del art. 140. En el primero, por la propia naturaleza de las circunstancias que comprende, supone un pleito encaminado de una manera directa á declarar la paternidad ó maternidad, ó una causa criminal (delitos de violación, rapto ó estupro) de la que se infieran estas cualidades. No sucede así con el segundo. Existiendo un documento afirmativo expresamente de la maternidad ó paternidad, sobre todo si es documento público (escritura, acta de nacimiento), creemos

que podrán pedirse desde luego los alimentos por los trámites del juicio provisional correspondiente, en atención á los términos de los dos primeros párrafos del art. 1.609 de la ley de Enjuiciamiento civil, que disponen que «el que se crea con derecho á pedir alimentos provisionales presentará con la demanda los documentos que justifiquen cumplidamente el título en cuya virtud los pide. Si el título se fundase en un derecho otorgado por la ley, se presentarán los documentos que acrediten la relación de parentesco entre el demandante y demandado, ó las circunstancias que den derecho á los alimentos, ofreciendo completar la justificación con testigos, si fuese necesario.»

Aquí ya la paternidad ó maternidad están confesadas por el mismo interesado, y sería redundante seguir un pleito para declarar lo que ya resultaba probado.

Lo mismo decimos tratándose de documentos privados en que la paternidad ó maternidad no se consigne de un modo expreso, puesto que el art. 1.617 de la ley citada admite toda clase de pruebas relativas á los extremos expresados en el art. 1.609, y una de ellas habría de ser la confesión del padre ó de la madre sobre la autenticidad del documento, y en su caso el cotejo de letras. Nos afirmamos más en esto por cuanto que el art. 1.617 de la misma, reserva á las partes el derecho de promover el juicio plenario sobre alimentos, en el cual podrán practicarse toda clase de pruebas encaminadas á demostrar la certeza ó inexactitud de la paternidad ó maternidad.

El tercer caso, por el contrario, constituye una verdadera investigación de la maternidad. Se refiere á los hechos esenciales y determinantes de la misma, como son el parto y la identidad del hijo, y sería preciso entablar el juicio ordinario, de conformidad con el caso 3.º del art. 483 de la repetida ley de Enjuiciamiento civil. Habría, pues, que pedir en este caso la declaración de la filiación, y como consecuencia, la condena al pago de alimentos.

Omite el Código un caso que menciona respecto á los hijos naturales: el de la posesión contínua de estado de hijo ilegítimo, que, aunque parezca lo contrario, existe, y que, en nuestro sentir, ha debido aquél comprender. Es el caso frecuente, frecuentísimo, por desgracia en nuestra sociedad, de una esposa ó un marido separados, ya por divorcio, ya de una manera convencional ó amistosamente, que hacen vida marital con el amante

y de cuyas relaciones nacen hijos que viven con sus padres y son por ellos alimentados y educados. Estos hijos, que gozan de la posesión constante de la filiación ilegítima con relación á sus progenitores, cuya paternidad y maternidad se demuestran por los actos de éstos, ¿por qué no habían de gozar del derecho consignado en el art. 139? Esto aparece aún con más evidencia tratándose, no de la paternidad y maternidad conjuntamente, sino sólo de uno de estos conceptos, es decir, de la paternidad ó de la maternidad, en especial de esta última. Nos referimos con esto al mismo caso del hijo adulterino habido de hombre casado con mujer soltera, ó al sacrílego, resultado de la unión carnal de varón ligado con órdenes sagradas y voto de castidad, con mujer también soltera, que sean criados y educados por la madre y disfruten, con relación á ésta, de la citada posesión. No sabemos por qué en este caso no ha de ser lícito al hijo probar su filiación por virtud de los actos externos de la madre, expresivos de la certeza de tal cualidad, en vez de obligarle siempre á demostrar extremos mucho más difíciles, como el del parto y la identidad del hijo, como se desprende del art. 140, al decir que *sólo* en los casos que indica tiene el hijo derecho á alimentos.

Esta misma circunstancia de figurar la palabra *sólo* en el artículo acabado de mencionar, expresa lo redundante é innecesario en parte de la doctrina del 141, pues si únicamente en los casos del 140 es posible que el hijo disfrute de alimentos, derecho exclusivo de que goza, lógico es pensar que fuera de ellos nadie ha de intentar la investigación que no produce efecto jurídico ni resultado práctico alguno. El Código, sin embargo, ha creído conveniente dejar sentado este principio de una manera terminante á fin de evitar determinadas interpretaciones de la ley.

El art. 141, al referirse al 140, no lo hace más que con relación á los casos que atañen al padre, y de conformidad con esto habla solamente de la investigación de la paternidad, y preguntamos: ¿Quiere decir esto que admite y tolera la de la maternidad en algún caso más que el 3.º del 140, por ejemplo, el de la posesión constante de estado á que antes nos hemos referido? El artículo no lo prohibe, y es un principio de derecho que es lícito hacer todo aquello que la ley no prohibe. Además, el Código, que

en el art. 140 habla en común del padre y de la madre, en el 141 se concreta á hacerlo del primero, excluyendo á la segunda, que en el hecho de no haberla comprendido en el precepto del mismo cuando pudo hacerlo, indica que el legislador no quiso incluirla. Aquél establece una distinción, y es otro principio de derecho que donde la ley distingue puede distinguirse.

Como de interés para la doctrina de los artículos que comentamos, y á semejanza de lo que hemos hecho al tratar de los hijos naturales, estudiaremos comparativamente los derechos de los ilegítimos establecidos en el Código y los que gozaban por la legislación antigua. Con arreglo á ésta, de conformidad con lo dispuesto en la ley 10, tít. XIII, Part. 6.ª, y en la 4.ª, tít. XX, libro X de la Novísima Recopilación, las diversas clases de hijos carecían de todo derecho á los bienes del padre, al que no podían suceder abintestato. Sólo por testamento, el padre, en uso de la facultad que le concedía la ley 10 de Toro (6.ª, tít. XX, libro X de la Novísima Recopilación), podía dejarles por vía de alimentos hasta la quinta parte de sus bienes, ya intervivos, ya *mortis causa*, y de cuya parte los hijos eran libres para disponer de ella, estando exceptuados de esto los hijos sacrílegos, á los cuales la ley 4.ª, tít. XX, libro X de la Novísima Recopilación excluía en absoluto de toda participación en la herencia del padre.

Con relación á la madre regía, como ley especial y única, la 9.ª de Toro, la cual, para señalar los derechos de los hijos ilegítimos, distinguía dos casos, á saber: el de que la madre tuviese hijos ó descendientes legítimos, y el de que éstos no existiesen. En el primero, los hijos ilegítimos carecían de derecho para heredar á su madre, tanto ex-testamento como abintestato, si bien aquélla podía dejarles hasta la quinta parte, ó sea la de libre disposición. En el segundo, los hijos eran herederos en una y en otra sucesión aunque existiesen ascendientes. Esta ley contenía dos excepciones: la primera referente á los hijos de *dañado y punible ayuntamiento*, que excluía de tal sucesión, permitiendo, sin embargo, que la madre les pudiese dejar hasta la quinta parte de sus bienes; la segunda concerniente á los hijos sacrílegos, privados de todo derecho hereditario en virtud de lo dispuesto en la antes citada ley 4.ª del mismo título y libro.

El Código no admite distinción alguna entre la sucesión del padre ó de la madre, ni entre las distintas clases de hijos, conce-

diéndoles sólo el derecho de alimentos al que da el carácter ds hereditario, ó mejor dicho, *mortis causa*, al disponer en su art. 845 «que la obligación del que haya de prestarlos se transmitirá á sus herederos y subsistirá hasta que los hijos lleguen á la mayor edad, ó durante su incapacidad si se encontrasen en este estado.»

La reforma introducida por el Código ¿ha sido favorable ó perjudicial para los hijos ilegítimos? Reúne la primera cualidad con relación á la sucesión abintestato del padre, por cuanto que les señala un derecho de que carecían antes. Respecto de la testamentaria no existe en la actualidad precepto expreso como el contenido en la ley 10 de Toro autorizando al padre para dejar al hijo ilegítimo en vida ó en muerte hasta la quinta parte de sus bienes, si bien en algunos casos, como expondremos en su lugar, éstos podrán percibir mayor cantidad que la indicada, aunque no con el carácter de un derecho emanado de su condición de hijo, sino como un acto de liberalidad del testador. Bajo este punto de vista, la reforma les ha sido desfavorable.

Lo mismo cabe decir, pero con mayor motivo, en cuanto á la madre. Ya hemos visto antes que aun existiendo descendientes podían percibir hasta la quinta parte de sus bienes, y que no teniéndolos, aunque existiesen ascendientes, eran los hijos ilegítimos sus herederos forzosos y legítimos en las dos clases de sucesiones, en tanto que con sujeción al Código sólo tienen el derecho á los alimentos. La diferencia entre una y otra legislación es muy grande; es la nueva restrictiva en extremo para los hijos y sólo conveniente para los sacrílegos, que no tenían derecho ninguno en la anterior, y en la moderna aparecen igualados á los demás.

Calla el Código sobre uno de los derechos que señala á los otros hijos, como es el de usar el apellido del padre ó madre que los reconozca. ¿Lo tendrá el hijo ilegítimo no natural cuando disfruta de alimentos, por haber tenido lugar alguna de las circunstancias expresadas en los diversos casos del art. 140? El 139 dice que tendrán *sólo* derecho á exigir alimentos, omitiendo el del que venimos hablando, que menciona expresamente el Código tratándose de los legítimos, legitimados y naturales, debiendo, por tanto, deducirse que la ley fundamental civil no les concede tal derecho. Ahora bien: todo individuo, desde su nacimiento, ha de llevar un apellido. Los hijos ilegítimos, antes de ostentar tal ca-

rácter con relación á determinada persona, han de llevarlo también como prescribe el art. 34 del reglamento para la ejecución de la ley del Registro civil, y ocurre formular esta pregunta: el hijo ilegítimo que se halle en alguno de los casos del art. 140, ¿podrá obtener el cambio ó modificación de apellido que autoriza el artículo 69 del citado reglamento (1), sobre todo si existe sentencia de la que se infiera ó en la que se reconozca la paternidad ó maternidad? El art. 139 se encuentra redactado de manera tan terminante, que no hay otro remedio que contestar con una negación. El efecto del cambio de apellido sería el de usar el del padre ó la madre, y esto es lo que no autoriza el Código. No estamos conformes en modo alguno con el silencio del Código. La paternidad y la maternidad lleva, y ha llevado siempre como consecuencia inherente, la de que los hijos puedan usar el apellido de sus padres, y es lícito afirmar que así constituye una redundancia la declaración del inciso 2.º de los artículos 114, 127 y 134. Prueba de ello es que esto ha sucedido, á pesar de no contener el derecho sustantivo vigente hasta ahora ningún precepto expreso sobre el particular. Desearíamos, por tanto, que la jurisprudencia viniese á interpretar el silencio de la ley en el sentido favorable al uso por el hijo del apellido paterno ó materno, por creerlo conforme á los principios de justicia. Una vez asentada judicialmente la paternidad y maternidad, que es la causa, precisa admitir el efecto, que es la filiación, y ésta se acredita ante la sociedad por el uso del apellido.

El Código, pues, que es digno de alabanzas por el espíritu relativamente liberal que ofrece con relación á los de otras Naciones en cuanto al extremo de la investigación de la paternidad y maternidad, y que no dejamos de reconocerlo, aunque no se amolde á nuestras ideas sobre este punto, merece censuras por nuestra parte en el referente á los derechos de los mismos por su tendencia restrictiva, tanto más extraña, cuanto que respecto de

---

(1) Art. 69. El cambio, adición ó modificación de nombre ó apellido sólo podrá hacerse en virtud de autorización del Gobierno, previos los trámites establecidos en este reglamento, ó de sentencia firme de Tribunal competente en que, declarándose haber lugar á dichas alteraciones, se manden practicar.

los hijos naturales no ha tenido inconveniente en apartarse de los precedentes legales patrios, no para restringir sus derechos, sino para aumentarlos en el sentido de que les da el carácter de herederos forzosos y de que les ha señalado un grado más preferente en la escala de la sucesión legítima.

TÍTULO VI

De los alimentos entre parientes.

Comienza el Código (art. 142) definiendo los alimentos, comprendiendo dentro de la definición que da, á las dos clases que de aquéllos se distinguían: naturales y civiles.

El 143 y el 144 determinan qué personas son las obligadas á la prestación de alimentos y el orden en que las mismas han de cumplir la prestación.

Comprendiendo el legislador que puede presentarse el caso de que sean dos ó más las personas llamadas al cumplimiento de la prestación de alimentos, así como lo opuesto, de que dos personas lo reclamen de una sola, ha fijado, con intención previsora (art. 145), el modo que en uno y otro han de satisfacerse aquéllos.

Señalan el 146 y el 147 uno de los caracteres distintivos del derecho de alimentos, ó sea el de la proporcionalidad. El 150 afirma otro de los mismos, como es el de la personalidad, y el 151 los que también son inherentes al citado derecho, á saber, el de ser renunciable é intransmisible y no compensable.

El 148 y 149 establecen el momento desde el cual puede exigirse este derecho y la manera de realizar la

obligación correspondiente, expresando el 152 los casos en que cesa ésta.

El último artículo de la sección (153) bien puede recibir el calificativo de adicional, puesto que se limita á manifestar que las disposiciones de la misma son extensivas y aplicables á todos los demás casos en que exista derecho de alimentos, precepto que no es del todo exacto, como demostraremos en el oportuno comentario.

El Código ha venido á llenar un vacío de los proyectos de 1851 y 1882, que no contenían reglas especiales sobre la materia objeto de esta sección, por más que tuvieran algunas aisladas, y bajo este punto de vista es acreedor á elogios.

ART. 142. Se entiende por alimentos todo lo que es indispensable para el sustento, habitación, vestido y asistencia médica, según la posición social de la familia.

Los alimentos comprenden también la educación é instrucción del alimentista cuando es menor de edad.

Concordancias.—Análogo al art. 68 del proyecto de 1851 y 122 del de 1882.

PRECEDENTES LEGALES.—*Part.* 4.ª, *tít. XIX, ley* 2.ª—...Que les deuen dar que coman, e que beban, e que vistan, e que calzen, e lugar do moren, e todas las otras cosas que les fuere menester, sin las cuales non pueden los homes vivir...

Part. 7.ª, *tit. XXXIII, ley* 5.ª—...Et aun decimos que si el facedor del testamento manda á sus herederos que den á algunt home tanto de lo suyo de que viva, que se entiende quel deben dar lo que hobiere menester tambien para comer et para beber,

como para vestir et calzar, e aun cuando enfermare las cosas que le fueren menester para cobrar su salud; ca todas estas cosas son menester para la vida del home.

COMENTARIO.—Tiene por objeto este artículo definir los alimentos, comprendiendo dentro del mismo no sólo los llamados *naturales* (alimentos en sentido estricto), sino también los que los autores denominaban *civiles*, ó sea los referentes á los extremos diversos del sustento (asistencia médica, educación).

Siendo el individuo un sér físico, experimenta necesidades de la misma índole (hambre, sed, frío), que tiene que satisfacer de un modo indefectible, á menos de que cese la actividad de su organismo y con ella la existencia de aquél. De aquí el sustento como medio indispensable para la existencia del hombre, de aquí el vestido, que le resguarda en parte de los rigores de la Naturaleza, de ahí también la habitación, que tiene el mismo fin, y que es elemento necesario para la vida del hombre civilizado.

El individuo puede experimentar y de hecho experimenta alteraciones en los diversos órganos y partes de su cuerpo, originadas á las veces por los agentes naturales, dando por resultado el que aquéllos dejen de funcionar con regularidad (estado de salud), produciéndose en ellos alteraciones que determinan una situación anormal de los mismos (estado de enfermedad). Requiérese en este caso los medios que la ciencia prescribe para lograr el restablecimiento del equilibrio de las funciones del organismo, ó en términos más expresos, la curación de la enfermedad, y la obtención de esos medios forma parte también, según el Código, del concepto de alimentos que éste presenta. Inclúyense asimismo en él los alimentos inmateriales que pudiéramos decir, esto es, la educación é instrucción del alimentista, tan importantes é indispensables para la vida intelectual y social del hombre, como el sustento para la física é individual. El fundamento, pues, del derecho de alimentos es, en nuestro sentir, la necesidad del sujeto mismo; el derecho á la vida física é intelectual que todos los individuos tienen. De aquí que dada la organización económica actual de la sociedad, recaiga la obligación correspondiente, ya sobre los que han dado la existencia al alimentista, por ser en este caso tal obligación, como dice Kant de una manera elegante, el efecto inmediato de la procreación, considerada como un acto

por el cual se ha puesto en el mundo á una persona sin su consentimiento, ya sobre aquellos otros que se encuentran relacionados con el mismo alimentista por vínculos de parentesco.

Los alimentos, que en sí mismos son un concepto absoluto, bajo su aspecto jurídico y social son relativos, puesto que la prestación que envuelve el conjunto de condiciones que constituyen el derecho á los mismos depende en lo referente á su proporcionalidad ó cuantía de los medios materiales de las personas sujeto y objeto de la prestación, ó sea de la posición social de la familia del alimentista y del que da los alimentos, como dice el artículo que comentamos, propiedad que indica de una manera expresa y taxativa el art. 146, cuando dice que «la cuantía de los alimentos, en los casos comprendidos en los cuatro números del art. 143, será proporcionada al caudal ó medios de quien los da y á las necesidades de quien los recibe».

Una diferencia cabe establecer entre las dos clases de alimentos que convencionalmente hemos distinguido, en vista del párrafo 1.° del artículo. Los físicos ó materiales son perpetuos, es decir, deben prestarse durante toda la vida del alimentista, á no ocurrir alguno de los casos marcados en el art. 152. Los inmateriales é intelectuales (educación é instrucción), sólo hasta la mayor edad. Esto se desprende de las palabras del Código; pero si se ha comenzado una carrera ó profesión en la menor edad, natural es pensar que tiene el alimentista derecho á exigir los medios para concluirla.

ART. 143. Están obligados recíprocamente á darse alimentos, en toda la extensión que señala el artículo precedente:

1.° Los cónyuges.

2.° Los ascendientes y descendientes legítimos.

3.° Los padres y los hijos legitimados por concesión Real y los descendientes legítimos de éstos.

4.° Los padres y los hijos naturales reconocidos, y los descendientes legítimos de éstos.

Los padres y los hijos ilegítimos en quienes no concurra la condición legal de naturales, se deben, por razón de alimentos, los auxilios necesarios para la subsistencia. Los padres están además obligados á costear á los hijos la instrucción elemental y la enseñanza de una profesión, arte ú oficio.

Los hermanos deben también á sus hermanos legítimos, aunque sólo sean uterinos ó consanguíneos, los auxilios necesarios para la vida, cuando por un defecto físico ó moral, ó por cualquiera otra causa que no sea imputable al alimentista, no pueda éste procurarse su subsistencia. En estos auxilios están, en su caso, comprendidos los gastos indispensables para costear la instrucción elemental y la enseñanza de una profesión, arte ú oficio.

Concordancias.—Análogo á los artículos 68 al 72 del proyecto de 1851 y al 118 del de 1882.

PRECEDENTES LEGALES. —1.° Cónyuges. —*Part.* 4.ª, *título II, ley* 7.ª (Véase art. 56, *Precedentes legales.*)

Ley de m. civil, art. 44. (*Idem id.*)

2.° Ascendientes y descendientes legítimos.—*Fuero Real, libro III, tít. VIII, ley* 1.ª—Si el padre ó la madre vinieren á por breza en vida de los fijos, quier sean casados, quier non, mandamos que segun fuere su poder de cada uno, que gobiernen al padre, é á la madre.—*Lib. id., tít. id., ley* 3.ª—Quando alguna mujer soltera ha fijo de algun home soltero, y el home lo recibiere por fijo, la madre sea tenida de le criar, é de gobernarle, y esté fasta tres años, si hobiere donde, é si no hobiere de que criarlo á costa del padre: é si la mujer le criare de lo suyo hasta tres años, el padre lo crie de allí adelante de lo suyo, é no le tenga mas la madre, si no quisiere, fueras si el Alcalde por alguna razon guisada mandare que lo tenga la madre á costa del padre... é lo que es dicho de los fijos de los solteros, *eso sea de los fijos de los casados* que fueren partidos por Sancta Iglesia, o por alguna razon derecha.

Par. 4 ª, *tit. XIX, ley* 1.ª—Crianza es uno de los mayores bien fechos, que vn ome puede fazer á otro: porque todo ome se mueve a la fazer, con gran amor que ha aquel que cria, quier sea fijo, o otro ome estraño. E esta crianza a muy gran fuerza e señaladamente la que faze el padre al fijo: ca como quier que le ama naturalmente, porque el engendro, mucho mas le cresce el amor, por razon de la crianza que faze en el. Otrosi el fijo es más tenudo de amar, é de obedescer al padre, porque el mismo quiso leuar el afán en criarle, ante que darle a otro.

Par. 4.ª, *tit. idem, ley* 2.ª—Claras razones, é manifiestas son, porque los padres, e las madres, son tenudos de criar á sus fijos. La vna es movimiento natural, porque se mueuen todas las cosas del mundo, a criar, e guardar lo que nasce dellas. La otra es por razon del amor que an con ellos naturalmente. La tercera es, por que todos los derechos temporales, espirituales se acuerdan en ello. E la manera en que deuen criar los padres á sus fijos, é darles lo que les fuere menester, maguer no quieran es esta: que les deuen dar que coman, e que beuan, e que vistan, e que calzen, e lugar do moren, é todas las otras cosas que les fuere menester, sin las cuales non pueden los omes biuir. E esto deue cada vno fazer, segund la riqueza, e el poder que ouiere; catando todabia la persona daquel que lo deue rescebir, en que manera le deuen esto fazer. E si alguno contra esto fiziere, el Judgador de aquel lugar lo deue apremiar, prendandolo, o de otra guisa, de manera que lo cumpla, assi como sobredicho es. Empero dezimos, que de mientras aquel padre criare, e proueyere su fijo, si fiziere el fijo alguna debda que non meta en pro del padre, ó que la saque sin su mandado; que non es el padre tenudo de la pagar. Otrosi dezimos, que los fijos deven ayudar á proueer á sus padres, si menester les fuere, pudiéndolo ellos fazer; bien assi como los padres son tenudos á los fijos.

Part. idem, tit. idem, ley 3.ª—Nodrescer, e criar deuen las madres á sus fijos que fueren menores de tres años, e los padres á los que fueren mayores de esta edad. Empero, si la madre fuesse tan pobre que non los pudiese criar, el padre es tenudo de darle, lo que ouiere menester para criarlos. E si acaesciesse, que se parta el casamiento por alguna razon derecha, aquel por cuya culpa se partió, es tenudo de dar de lo suyo, de que crien los fijos si fuere rico, quier sean mayores de tres años, o menores; ó el

otro que no fue en culpa, los deue criar, e auer en guarda. Pero si la madre los ouiesse de guardar, por tal razon como sobredicha es, e se casasse, entonce non los deue auer en guarda: nin es tenudo el padre, de dar a ella ninguna cosa por esta razon; ante deue el rescibir los fijos en guarda, e criarlos, si ouiere riqueza con lo que pueda fazer.

Part. 4.ª, *tít. idem, ley* 4.ª—Pobredad escusa a las vegadas a los omes, que non fagan algunas cosas, que eran tenudos de fazer de derecho. E por ende, maguer diximos en la ley ante desta, que el que era en culpa por que se partió el casamiento, que esse era tenudo de dar al otro de lo suyo, con que criasse sus fijos que ouissen de so vno, razon y ha porque non seria assi. Ca si aquel fuesse pobre, e el otro rico, entonce el que ha de lo que pueda fazer, deue dar de que se crien los fijos. E si el padre, ó la madre, fuessen tan pobres, que ninguno dellos non ouisse de que los criar; si el abuelo o bisabuelo de los moços, fueren ricos, qualquier dellos es tenudo de los criar, por esta razon: porque assi como el fijo es tenudo de proueer a su padre, o a su madre, si vinieren a pobreza; o a sus abuelos, e a sus abuelas, e a sus bisabuelos, e a sus bisabuelas, que suben por liña derecha; otrosi es tenudo cada vno dellos, de criar a estos moços sobredichos, si les fuere menester, que descienden otrosi por ella.

Part. 4.ª, *tít. idem, ley* 5.ª—Engendran los omes fijos en sus mugeres, legitimos, e a las vegadas en otras, que non lo son. E en criar estos fijos ha departimiento. Ca los fijos que nascen de las mugeres, que han los omes de bendicion, tambien los parientes que suben por la liña derecha del padre, como de la madre, son tenudos de los criar...

Ley de m. civil.—Art. 63. Los cónyuges están obligados á criar, educar, según su fortuna, y alimentar á sus hijos y demás descendientes cuando éstos no tuvieren padres ú otros ascendientes en grado más próximo, ó éstos no pudieren cumplir las expresadas obligaciones.

3.º Hijos legitimados por concesión Real, descendientes legítimos de éstos y los padres.—*Par.* 4.ª, *tít. XV, ley* 4.ª (Véase artículo 120, *Precedentes legales.*)

4.º Padres, hijos naturales reconocidos, descendientes legítimos de los mismos.—*Fuero Real, lib. III, tít. VIII, ley* 3.ª (Véase número 2.º de este artículo.)

Par. 4.ª, *tít. XIX, ley* 5.ª—...Eso mismo (obligación de alimentar á los ascendientes de ambas líneas) es de los que nascen de las mugeres, que tienen los homes por amigas manifiestamente, como en lugar de mugeres; non aviendo entre ellos embargo de parentesco, ó de orden de religion, ó de casamiento.

5.° Padres é hijos ilegítimos.—*Par.* 4.ª, *tít. XIX, ley* 5.ª—...Mas los que nascen de las otras mugeres, así como de adulterio, ó de incesto, ó de otro fornicio, los parientes que suben por la liña derecha de parte del padre, no son tenudos de lo criar, si non quisieren; fueras ende, si lo fizieren por su mesura, moviendose naturalmente á criarlos, é á facerles alguna merced, assi como farian á otros extraños, porque non mueran. Mas los parientes que suben por liña derecha de parte de la madre, tambien ella como ellos tenudos son de lo criar, si ovieren riqueza con que lo puedan facer. Esto es... porque la madre siempre es cierta del fijo que nasce della es suyo, lo que non es el padre de los que nascen de tales mugeres.

6.° Hermanos legítimos.—*Fuero Real, lib. III, tít. VIII, ley* 1.ª—...Otrosi, mandamos, que si hobiere algun hermano que fuere pobre, sean tenudos de le gobernar: e si el padre, ó la madre murieren, los fijos gobiernen á aquel que fincare...

Ley de m. civil.—Art. 77. La obligación de satisfacer alimentos se extenderá, en defecto de ascendientes ó descendientes ó por su imposibilidad de satisfacerlos, á los hermanos legítimos, hermanos uterinos ó consanguíneos, por el orden con que van mencionados en este artículo.

COMENTARIO.—Estudiaremos cada uno de los casos del artículo, comenzando por el primero, ó sea el relativo á los *cónyuges*. ¿A qué período de la vida de los mismos se refiere el Código en este caso? En nuestro parecer, especialmente á aquel en que subsista el matrimonio, viniendo sólo á ser una ampliación del artículo 56, que declara, como sabemos, que los cónyuges están obligados á socorrerse mutuamente.

Nos fundamos para hacer tal afirmación en la circunstancia de que el Código contiene y encierra preceptos expresos para cada una de las varias situaciones ó fases en que pueda hallarse un matrimonio. Así, el art. 68 en su inciso 5.° determina en el caso de haber sido entablado el divorcio ó la nulidad del matri

monio, el señalamiento de alimentos á la mujer, precepto que ya establecía la ley de Enjuiciamiento civil en sus artículos 1.897 y 1.916, este último refiriéndose al depósito de una persona. Y en cuanto á la separación, á más de las disposiciones del art. 73, está la del pár. 2.º del 1.434, que consigna de una manera expresa que el marido y la mujer deberán atender recíprocamente á su sostenimiento durante la separación.

Hay también otros casos en que el Código habla del derecho de alimentos con ocasión ó relación al matrimonio, y son los siguientes: el de la viuda que quedare en cinta (art. 964), que aun cuando fuere rica, deberá ser alimentada de los bienes hereditarios, habida consideración á la parte que en ellos pueda tener el póstumo, si naciere y fuere viable; el de la disolución del matrimonio por muerte del marido cuando el régimen de aquél hubiera sido el de la dote, en el que la mujer (art. 1.379, pár. 2.º) puede optar entre exigir durante un año los intereses ó frutos de la dote, ó que se le den alimentos del caudal que constituya la herencia del marido; y el de la liquidación de la sociedad de gananciales, en el mismo caso de la disolución del matrimonio, en el que de la masa común de bienes (art. 1.430) se darán alimentos al cónyuge superviviente y á sus hijos mientras se haga la liquidación del caudal inventariado y hasta que se les entregue su haber, si bien se les rebajarán de éste en la parte en que excedan de lo que les hubiese correspondido por razón de frutos ó rentas.

Ascendientes y descendientes legítimos.—Consignada ha sido en nuestro antiguo derecho la obligación recíproca de alimentos entre unos y otros, y no podía menos de hacerlo así el Código. Habla de ascendientes ó descendientes, ó sea de abuelos, padres, hijos y nietos, y claro es que no ha de ser el mismo el orden en que se encuentran obligados unos y otros á la prestación de alimentos. Así, los abuelos vienen sólo obligados al cumplimiento del deber impuesto por la ley en defecto de los padres, según expresa el párrafo último del artículo siguiente, al decir que «entre los descendientes y ascendientes se regulará la gradación por el orden en que sean llamados á la sucesión legítima de la persona que tenga derecho á los alimentos». Éste era también el precepto de la legislación antigua, expuesto bien á las claras en la ley 4.ª, tít. XIX de la Part. 4.ª, que decía que «si el padre ó la madre fuessen tan pobres que ninguno dellos non oviese de que

los criar si el abuelo ó bisabuelo de los moços fueren ricos, cualquiera de ellos es tenudo de los criar», y confirmado de un modo categórico en la sentencia de 7 de Septiembre de 1860 al manifestar que «los abuelos sólo tienen obligación de alimentar á los nietos cuando los padres carezcan absolutamente de medios para hacerlo, debiendo justificarse este extremo por el demandante».

El caso del artículo se refiere á los descendientes emancipados, pues respecto de los que no lo están establece de un modo expreso la obligación de alimentos el inciso 1.º del art. 155. Esta obligación se encuentra establecida á favor de las hijas en tanto que no celebren matrimonio, pues en este caso corresponderá á su esposo, en virtud de lo dispuesto en el núm. 1.º del artículo comentado, doctrina que admitió ya la sentencia de 16 de Abril de 1859 declarando «que la obligación de mantener á una mujer casada incumbe en primer lugar y con prefencia á su marido».

En este mismo extremo de los alimentos de los hijos precisa tener en cuenta el precepto del caso 5.º del art. 1.408, que señala como una de las obligaciones de la sociedad de gananciales el sostenimiento de la familia y la educación de los hijos comunes y de los legítimos de uno solo de los cónyuges, y el del pár. 2.º del 1.434, que manifiesta que los cónyuges deberán atender, aunque estuviesen separados, al sostenimiento de los hijos, así como á su educación, en proporción de sus respectivos bienes.

Conviene, por último, tener en cuenta la doctrina de los artículos 1.041 y 1.042 (1), que manifiestan no están sujetos á colación los alimentos en su sentido amplio.

Legitimados por concesión Real y naturales reconocidos.—Es pertinente respecto de éstos la misma observación hecha sobre los

---

(1) Art. 1.041. No estarán sujetos á colación los gastos de alimentos, educación, curación de enfermedades, aunque sean extraordinarias, aprendizaje, equipo ordinario ni los regalos de costumbre.

Art. 1.042. No se traerán á colocación sino cuando el padre lo disponga ó perjudiquen á la legítima los gastos que éste hubiere hecho para dar á sus hijos una carrera profesional ó artística; pero cuando proceda colacionarlos se rebajará de ellos lo que el hijo había gastado viviendo en la casa y compañía de sus padres.

legítimos. El padre ó madre que los haya legitimado ó reconocido es la persona llamada en primer término al cumplimiento de la obligación, y en su defecto es cuando ésta recaerá en los ascendientes. A primera vista parece que el artículo no alcanza á éstos, puesto que no los menciona; pero como quiera que lo hace de los descendientes, y la obligación es recíproca, naturalmente comprende á los nietos y á los abuelos. Los descendientes han de ser legítimos (y por tanto, legitimados por subsiguiente matrimonio), con exclusión de naturales reconocidos y legitimados por concesión Real.

Hijos ilegítimos.—Dejándose arrastrar el legislador por el espíritu restrictivo que ha presidido en la formación del Código, en cuanto á los hijos ilegítimos, muéstrase implacable en el extremo concerniente á los alimentos. La obligación de proporcionar éstos, que en las demás clases de hijos se extiende á los ascencientes y descendientes, se limita en la que estudiamos á los padres y á los hijos. Es decir, que aun reconocida la paternidad ó maternidad de un hijo adulterino, sacrílego, etc., si el padre ó la madre legal carece de medios para alimentar á su hijo, éste no puede exigirlos á sus abuelos, aun en el caso de que éstos disfruten de espléndida posición económica.

No se concreta á esto el defecto del Código; va mucho más allá. Los alimentos, que según el art. 143 comprenden el sustento, habitación, vestido, asistencia médica y educación é instrucción del alimentista, se reducen, en cuanto á la familia ilegítima, en sentido estricto, «á los auxilios necesarios para la subsistencia, á la instrucción y la enseñanza de una profesión, arte ú oficio»; esto es, que la obligación de alimentos no lleva consigo en este caso la de habitación, vestido y asistencia médica, y por consiguiente, un hijo ilegítimo no natural respecto de su padre, ó éste con relación á aquél, pueden dejarse morir recíproca y legalmente. Así se desprende de las palabras empleadas por el Código y del mismo hecho de usarlas, que implica una distinción. Si el Código no hubiera querido establecer una diferencia entre esta clase de parentesco y los demás, no tenía para qué determinar cuáles eran los alimentos en el de que nos ocupa, cuando los había definido en general en el artículo anterior. El artículo en esta parte resulta, pues, odioso en sentido jurídico, y desprovisto de caridad.

Hermanos legítimos.—De conformidad con lo que ya disponía la ley de Matrimonio civil en su art. 77, el Código establece la obligación recíproca de alimentos entre los hermanos legítimos, ya sean de vínculo común, ya de un solo vínculo paterno ó materno (uterinos ó consanguíneos), obligación subsistente sólo cuando se conozca por fundamento una causa no imputable al alimentista, bien por defecto físico ó moral (locura, parálisis ó cualquier otra enfermedad que imposibilite para el trabajo), bien por no encontrar éste mismo ó por cesar en el desempeño de algún cargo ó profesión, mientras durase esta circunstancia.

En este caso, los alimentos no se limitan tampoco á los meramente naturales, sino que alcanzan también á los civiles, puesto que el Código declara comprendidos en lo que él llama auxilios los gastos indispensables para costear la instrucción elemental y la enseñanza de una profesión, arte ú oficio.

ART. 144. La reclamación de alimentos, cuando proceda y sean dos ó más los obligados á prestarlos, se hará por el orden siguiente:

1.° Al cónyuge.

2.° A los descendientes del grado más próximo.

3.° A los ascendientes, también del grado más próximo.

4.° A los hermanos.

Entre los descendientes y ascendientes se regulará la gradación por el orden en que sean llamados á la sucesión legítima de la persona que tenga derecho á los alimentos.

Concordancias.—*Ninguna.*

PRECEDENTES LEGALES.—(Véanse los *Precedentes* del artículo anterior.)

COMENTARIO.—La doctrina de este artículo no es más que un desenvolvimiento de la del anterior, como reducida que está

á determinar el orden en que pueden ser reclamados los alimentos á las personas obligadas á su prestación. El orden marcado por el Código es el que dicta la lógica, hallándose en íntima relación con el fundamento mismo de la sucesión legítima, ó sea la proximidad del parentesco, excepción hecha de los cónyuges.

Esto mismo demuestra cuando en su párrafo último dice que tratándose de alimentos entre descendientes y ascendientes se regulará la gradación por el orden que sean llamados á la sucesión legítima de la persona que tenga derecho á recibir alimentos. Disposición es ésta por la que resulta repetida la doctrina consignada en el artículo anterior al que comentamos, ya que el orden de prelación establecido en éste, indica de una manera clara y terminante que no deja lugar á duda alguna, que la prestación de alimentos ha de hacerse por los descendientes ó ascendientes en razón directa de la proximidad de los grados.

El Código, al hablar de descendientes y ascendientes, no distingue entre los legítimos y naturales, deduciéndose de aquí que comprende á unos y otros.

ART. 145. Cuando recaiga sobre dos ó más personas la obligación de dar alimentos, se repartirá entre ellas el pago de la pensión en cantidad proporcional á su caudal respectivo.

Sin embargo, en caso de urgente necesidad y por circunstancias especiales, podrá el Juez obligar á una sola de ellas á que los preste provisionalmente, sin perjuicio de su derecho á reclamar de los demás obligados la parte que les corresponda.

Cuando dos ó más alimentistas reclamaren á la vez alimentos de una misma persona obligada legalmente á darlos, y ésta no tuviere fortuna bastante para atender á todos, se guardará el orden establecido en el artículo anterior, á no ser que los alimentistas concurrentes fuesen el cónyuge y un hijo sujeto á la patria potestad, en cuyo caso éste será preferido á aquél.

Concordancias.—*Ninguna.*

PRECEDENTES LEGALES.—*Ninguno.*

COMENTARIO.—Comprende este artículo dos casos diversos y opuestos: el de que sean dos ó más las personas obligadas á dar alimentos á otra, y el de que dos ó más alimentistas los reclamen de una misma. En el primero, que tendrá lugar siempre que existan varias personas del mismo grado de parentesco, como abuelos, hijos, nietos ó hermanos, el Código establece que el importe de la pensión se reparta entre los obligados en proporción á su caudal respectivo, si bien ordena que por circunstancias especiales y de urgencia puede el Juez acordar que uno solo de ellos los preste provisionalmente, sin perjuicio de su derecho á reclamar de los demás la parte correspondiente. Infiérese de aquí que, si bien con sujeción estricta á los preceptos legales, el alimentista debe demandar en caso necesario á todos los sujetos á prestar alimentos, el Código autoriza que lo efectúe respecto sólo de cualquiera de ellos cuando concurriere alguna circunstancia que así lo permita.

Respecto del segundo, dispone que si el obligado á darlos no tuviere fortuna bastante para atender á todos, los prestará por el orden establecido en el art. 144. El Código no reúne la suficiente claridad en la redacción de este párrafo, puesto que habla de la concurrencia de varios alimentistas, sin distinguir si han de ser del mismo grado ó de diferente, siendo así que se encuentra establecido única y especialmente para el caso en que concurran parientes de grado diverso, ó sea hijos con abuelos, hermanos con hijos, etc., como lo indican las palabras últimas del artículo al determinar que si los que reclamasen á un tiempo los alimentos fuesen un cónyuge y un hijo sujeto á la patria potestad, éste será preferido.

ART. 146. La cuantía de los alimentos, en los casos comprendidos en los cuatro números del art. 143 será proporcionada al caudal ó medios de quien los d. y á las necesidades de quien los recibe.

Concordancias.—Análogo al art. 71 del proyecto de Código de 1851.

PRECEDENTES LEGALES.—*Par.* 4.ª, *tit. XIX*, *ley* 2.ª—...et esto debe cada uno facer segunt la riqueza et el poder que hobiere, catando todavia la persona de aquel que lo debe rescebir...

Ley de m. civil.—Art. 73. Los alimentos han de ser proporcionados al caudal de quien los diere y á las necesidades de quien los recibiere.

ART. 147. Los alimentos, en los casos á que se refiere el artículo anterior, se reducirán ó aumentarán proporcionalmente, según el aumento ó disminución que sufran las necesidades del alimentista y la fortuna del que hubiere de satisfacerlos.

Concordancias.—Análogo al art. 72 del proyecto de Código de 1851.

PRECEDENTES LEGALES.—*Ley de m. civil.*—Art. 76. Los alimentos se reducirán ó aumentarán proporcionalmente, según el aumento ó disminución que sufrieren las necesidades del alimentista y la fortuna del que hubiere de satisfacerlos.

COMENTARIO DE LOS ARTÍCULOS 146 Y 147.—En realidad no lo requiere la doctrina de ambos artículos, en extremo clara y comprensible. Uno y otro se completan mutuamente, no siendo el 147 más que una ampliación necesaria del 146. Si los alimentos han de ser proporcionados al caudal ó medios de quien los da y á las necesidades de quien los recibe, justo y equitativo es que se aumenten ó disminuyan en relación con las alteraciones que se verifiquen en el capital del que cumple la prestación y en las necesidades del alimentado. Otra cosa sería olvidar uno de los caracteres propios del derecho de alimentos, como es el de la proporcionalidad.

El aumento ó disminución de la cuantía de los alimentos, ¿cómo ha de establecerse? Si no se hace amistosa y extrajudicialmente, habrá de promoverse el juicio declarativo correspondiente,

puesto que el mero hecho de hablar de cantidad supone que se haya fijado ésta con anterioridad. Y así como ésta puede obtenerse por los trámites que marcan los artículos 1.609 y siguientes de la ley de Enjuiciamiento civil, sabido es que, como determina el art. 1.614 de la citada ley, los alimentos que en tal caso se conceden tienen el carácter de provisionales, y ese mismo artículo y el 1.617 reservan el derecho de entablar nuevo pleito para el declarativo que corresponda á la cuantía que se solicite. En todo caso, la cuota que de nuevo se conceda deberá entenderse sin perjuicio de las cantidades percibidas por el alimentista, tanto por la misma justicia del precepto, en armonía con la naturaleza de los alimentos, como por haber sido así establecido por las sentencias de 20 de Noviembre de 1869, 26 de Mayo de 1873 y 9 de Julio de 1874 (aplicables, en nuestro sentir, en este caso, puesto que no se opone á ningún precepto de la nueva legislación, y suple, por el contrario, una omisión de la misma), que decían que «si puede alterarse por sentencia obtenida en juicio ordinario la cuota de alimentos señalada provisionalmente, esta alteración ha de ser sin fuerza retroactiva, es decir, sin restitución de lo consumido, toda vez que los alimentos naturales se dan siempre adelantados para cubrir atenciones urgentes», doctrina que corrobora la de 23 de Mayo de 1887, declarando que «al ordenar la sentencia recurrida el aumento de una peseta 50 céntimos sobre las dos que venía percibiendo la alimentista, y que este aumento surte sus efectos desde que aquélla sea firme, sin retrotraer el abono á la fecha del fallecimiento del padre natural, no infringe la ley 8.ª, tít. XIII de la Part. 6.ª, porque la obligación de prestar alimentos no trae su origen del insinuado fallecimiento, sino que nació y empezó á ser eficaz en virtud del juicio sumario promovido y resuelto con anterioridad, desde cuya fecha se vienen satisfaciendo por el padre y por sus herederos con anterioridad á la demanda. Tampoco infringe las sentencias de este Tribunal en el concepto de indebida aplicación del principio que declaran de *no retroactividad* en materia de pensiones alimenticias, porque debiendo ser recíproco para ser equitativo, todos lo aplican *negando la fuerza retroactiva, así en los casos de aumento de las pensiones* para que tenga efecto el abono desde la concesión definitiva, *como en los casos de reducción* para libertar á los alimentistas de la obligación de devolver lo consumido.»

Derecho vigente.—*Civil.*—La cuantía de los alimentos debe ser proporcionada al caudal de quien los da y á las necesidades de quien los recibe, debiéndose aumentar ó reducir en consonancia con las necesidades del alimentista y fortuna del que haya de satisfacerlos.

Jurisprudencia.—*Auto de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 6 de Julio de* 1892 (*Gaceta de 7 de Octubre*).—Resultando que la Sala Primera de lo civil de la Audiencia de esta Corte dictó en 26 de Enero último sentencia revocatoria condenando á D. Basilio Lucio Prádanos á satisfacer á Doña Juana Vallejo, como representante legal de su hija Claudia Lucio Vallejo, 2 pesetas diarias como alimentos provisionales de la misma, por meses anticipados, quedando á salvo á las partes su derecho para promover el juicio plenario de alimentos definitivos:

Resultando que D. Basilio Lucio Prádanos ha interpuesto recurso de casación, fundándole:

1.° En la infracción, por aplicación indebida, del art. 146 del Código civil, que dispone que la cuantía de los alimentos será proporcionada al caudal ó medios de quien los da y á las necesidades de quien los recibe:

Y 2.° En el caso 7.° del art. 1.692 de la ley de Enjuiciamiento civil, al estimar la sentencia como prueba de la filiación de Doña Claudia la partida de bautismo, cuando dicho documento, según jurisprudencia de este Supremo Tribunal, no prueba el reconocimiento por el padre de la hija natural, y mucho menos en este caso, en que no aparecería firmada por aquél:

Visto, siendo Ponente el Magistrado D. Victoriano Hernández:

Considerando que si bien en el primer motivo se alega la infracción del art. 146 del Código civil, como no se determina el concepto en que lo haya sido para poder apreciar el error del Tribunal en la cantidad señalada por alimentos, es inadmisible, conforme al núm. 4.° del art. 1.729 de la ley de Enjuiciamiento civil:

Considerando, en cuanto al segundo motivo alegado, que la Sala sentenciadora no se funda sólo en la partida de bautismo, sino en el reconocimiento del padre en acto conciliatorio; y como respecto al valor de las pruebas, aunque se invoca el núm. 7.° del art. 1.692 de dicha ley, no se alega error de derecho ó error de hecho, ni se citan documentos ó actos auténticos que de-

muestren la equivocación evidente del juzgador, no procede tampoco su admisión;

No ha lugar á la admisión del recurso de casación interpuesto por D. Basilio Lucio Prádanos, á quien se condena en las costas, etc.

ART. 148. La obligación de dar alimentos será exigible desde que los necesitare para subsistir la persona que tenga derecho á percibirlos; pero no se abonarán sino desde la fecha en que se interponga la demanda.

Se verificará el pago por meses anticipados, y, cuando fallezca el alimentista, sus herederos no estarán obligados á devolver lo que éste hubiese recibido anticipadamente.

Concordancias.—*Ninguna.*

PRECEDENTES LEGALES.—*Ley de m. civil.*—Art. 74. La obligación de dar alimentos será exigible desde que los necesitare para subsistir la persona que tuviere derecho á percibirlos, y no se extinguirá solamente por la *renuncia* de ésta.

Ley de Enjuiciamiento civil.—Art. 1.604. En la sentencia condenatoria al pago de alimentos se determinará la cantidad en que ha de consistir, con carácter de provisionales... y se declarará que el pago *ha de hacerse por mensualidades anticipadas.*

COMENTARIO.—Contesta el primer párrafo del artículo á la duda que se observa en el 144, respecto de cuándo pueden exigirse los alimentos, estableciendo que es procedente su reclamación desde que los necesite la persona que tenga derecho á ellos, si bien no se abonarán hasta que se interponga la demanda.

Una cuestión puede presentarse derivada de una sentencia del Tribunal Supremo relativa al extremo de si la pobreza declarada por la ley es ó no causa suficiente para considerarla como la necesidad de que habla el Código. Dicha sentencia, de fecha 16 de Abril de 1883, establece lo siguiente: «que uno de los hechos esenciales que deben constar para que proceda la concesión de

alimentos, es la necesidad del que los pida, ó lo que es lo mismo, que no pueda proporcionarse lo necesario para su subsistencia. Que la Sala sentenciadora, al apreciar las pruebas practicadas en este pleito, referentes al extremo de la necesidad del demandante, y darla por justificada, ha hecho caso omiso de una sentencia firme, porque la que denegó al recurrente el beneficio de pobreza para litigar, y aunque en rigor la denegación del beneficio de pobreza nunca produce una verdadera ejecutoria, porque puede el litigante ser oído sobre lo mismo, tiene aquel carácter y merece el respeto de la *cosa juzgada* mientras no se justifique que se ha venido después á peor fortuna. Que esta doctrina y disposición de la ley, referente á las defensas por pobre, es perfectamente aplicable al caso presente, pues en aquélla y éste se trata de justificar los medios de subsistencia del que solicita los alimentos, y habiéndose dicho en la primera que los tiene suficientes para no ser declarado pobre, es evidente que no puede concedérsele tal concepto para obtener alimentos mientras no justifique que posteriormente á aquella declaración vino á peor fortuna, y por consiguiente, y en este concepto, la sentencia recurrida, al dar por probada la necesidad del demandante y otorgarle bajo este supuesto alimentos provisionales, ha infringido la ley 19, tít. XXII, Partida 3.ª»

¿Es admisible esta doctrina de que la sentencia denegatoria del beneficio de pobreza ha de producir la excepción de cosa juzgada para el efecto de la no concesión de los alimentos? En modo alguno, según nuestra opinión. Para que exista dicha excepción es menester, conforme á la jurisprudencia constante y uniforme del Tribunal Supremo, que concurra una absoluta identidad en cuanto á las personas, las cosas y las acciones, es decir, que es indispensable que el segundo juicio se entable sobre el mismo objeto, por la misma causa, por las mismas personas y con la misma representación. ¿Se dan todas estas circunstancias en los casos que examinamos? La simple enumeración de las que concurren basta para responder de una manera negativa. Existirá, sí, la identidad de personas; podremos encontrar tal vez, aunque no siempre, la de la representación; pero no la de las cosas ni de las acciones. ¿Cómo ha de estimarse igual la petición de alimentos á la del beneficio de pobreza? ¿Cómo han de considerarse de la misma naturaleza las acciones relativas á la obtención de uno

y de otro? ¿Por qué ha de apreciarse la identidad que supone la cosa juzgada cuando el beneficio de pobreza ha podido obtenerse contra persona distinta de aquella de la que se reclamen los alimentos? Si la sentencia que recaiga en el incidente de pobreza no produce los efectos de cosa juzgada, según el art. 33 de la ley de Enjuiciamiento civil, y la parte á quien interese puede promover otro sobre el mismo extremo, ¿cómo ha de admitirse en buenos principios de justicia que los produzca tratándose de diversa contienda jurídica que envuelve una pretensión también distinta? Entendemos, por consiguiente, que la sentencia de 16 de Abril de 1883 constituye un verdadero alejamiento de la doctrina establecida por el mismo Tribunal Supremo sobre la excepción de cosa juzgada, hallándose asimismo en flagrante contradicción con la razonada y aceptable por todos conceptos de la de 5 de Febrero de 1878, que consignó que «la declaración de pobreza hecha á favor de un litigante no tiene el carácter de sentencia definitiva para los efectos de la casación, *ni es opuesta ni contradictoria* á la que condena al pago de alimentos».

Sobre este mismo punto, bien que en otro orden de consideraciones, es dable decir que la sentencia que venimos examinando ha olvidado uno de los requisitos esenciales del derecho de alimentos, como es el de la proporcionalidad, ó sea el que se halle, en cuanto á la cuantía, en relación con las necesidades de quien ha de disfrutar aquél y el capital de quien ha de verificar la debida prestación. Para demostrar esta afirmación presentaremos un ejemplo. Una persona que disfruta un jornal algún tanto mayor que el doble del de un bracero, trata de obtener el beneficio de pobreza para litigar con otra, beneficio que le es negado por la misma circunstancia acabada de indicar. En estas condiciones llega á su conocimiento que una de las personas obligadas por la ley á la prestación de alimentos posee una pingüe fortuna, que se encuentra en notable desproporción con la que reúne el primero. ¿Podrá éste exigir alimentos á dicha persona? Mejor dicho, ¿le serán negados al que intente la reclamación, dado el fallo que hubiese recaído en el incidente de pobreza justificativo del disfrute de un jornal suficiente para su subsistencia física? Bajo el punto de vista de su alimentación, parece que precisa contestar de un modo afirmativo; pero los alimentos comprenden, no sólo lo que en sentido estricto indica esta pa-

labra, sino también la instrucción elemental y la enseñanza de una profesión, arte ú oficio, y desde luego se ofrece á la consideración de toda persona como harto evidente que una cantidad de algo más del doble del jornal de un bracero no permite el costear los gastos que lleva consigo la citada enseñanza, á más de los indispensables para poder vivir.

El segundo párrafo del artículo no ofrece dificultad alguna en su estudio, y sólo haremos sobre él una observación: la de que si bien ordena que el pago de los alimentos se ha de verificar por meses anticipados, consideramos que esto ha de entenderse sin perjuicio de que en el caso de que existiese pacto sobre aquéllos, los contratantes podrán acordar con entera libertad la época y forma en que ha de cumplirse la obligación.

Refiriéndose este artículo al extremo de la reclamación de alimentos, manifestaremos que ésta ha de hacerse por los trámites que marcan los artículos 1.609 al 1.617 inclusive de la ley de Enjuiciamiento civil, siendo competente para conocer de la reclamación, según el núm. 21 del art. 63 de la misma, el Juez del domicilio de la persona á quien se pidan. Conviene también hacer constar que, según el núm. 6.° del art. 4.° de la ley acabada de citar, los interesados pueden comparecer por sí mismos, sin necesidad de Letrado ni Procurador, en los incidentes de alimentos provisionales. (Apéndice núm. 4. *Alimentos provisionales.*)

ART. 149. El obligado á prestar alimentos podrá, á su elección, satisfacerlos, ó pagando la pensión que se fije, ó recibiendo y manteniendo en su propia casa al que tiene derecho á ellos.

Concordancias.—*Ninguna.*

PRECEDENTES LEGALES.—*Ley de m. civil.*—Art. 78. El alimentista tendrá que vivir en compañía del que debiere satisfacer los alimentos, en el caso que éste justificare no poder cumplir de otro modo su obligación por la escasez de su fortuna.

COMENTARIO.—Determina el artículo el modo en que ha de verificarse el pago de los alimentos, razón por la que debiera constituir uno mismo con el párrafo 2.º del anterior. Guarda silencio el Código sobre otro extremo importante, como es el lugar del cumplimiento de la obligación cuando ésta haya de efectuarse mediante el pago de una pensión, y residan en punto distinto el alimentista y el que satisfaga aquélla. Resolviendo un caso concreto acerca de este particular, la sentencia de 16 de Enero de 1866 decía que «cuando haya dudas respecto al lugar en que deba cumplirse la obligación de dar alimentos, y no haya otro medio de interpretarlo en las opuestas inteligencias de las partes, deberá resolverse en contra del obligado á darlos.»

No estamos conformes con esta doctrina, creyendo, por el contrario, que no tratándose más que del pago de una cantidad debida, ha de regir el precepto del art. 1.171 del Código que ordena que en el caso de no haberse designado el lugar en donde haya de ejecutarse la obligación, ésta se cumplirá en el del domicilio del deudor. No otra ha sido la jurisprudencia del Tribunal Supremo respecto del pago de cantidad, y esto mismo induce á sostener el artículo comentado, ya que una de las formas por las cuales el obligado á prestar alimentos puede cumplir la obligación es manteniendo en su propia casa al alimentista.

ART. 150. La obligación de suministrar alimentos cesa con la muerte del obligado, aunque los prestase en cumplimiento de una sentencia firme.

Concordancias.—*Ninguna.*

PRECEDENTES LEGALES.—*Ninguno.*

COMENTARIO.—Siendo una obligación de carácter esencialmente personal la de prestar alimentos, razonable era proclamar el principio aceptado por el artículo, cuya doctrina más bien debiera figurar como uno de los diversos casos del 152.

ART. 151. No es renunciable ni transmisible á un tercero el derecho á los alimentos. Tampoco pueden compensarse con lo que el alimentista deba al que ha de prestarlos.

Pero podrán compensarse y renunciarse las pensiones alimenticias atrasadas, y transmitirse á título oneroso ó gratuito el derecho á demandarlas.

Concordancias.—*Ninguna.*

PRECEDENTES LEGALES.—*Ley de m. civil, art.* 71. (Véase el *Precedente* del art. 148.)

COMENTARIO.—El derecho á los alimentos, como constituído en favor de personas determinadas por virtud del lazo que las une con las llamadas á cumplir la correspondiente obligación, es de tal modo inherente á las primeras, que ha de permanecer encerrado, digámoslo así, dentro de ellas sin poder traspasar el límite que señala la misma individualidad. Por eso cesa con la muerte del alimentista, y debido á esto mismo, tampoco es lícita la compensación entre una deuda del alimentista y las cantidades debidas por alimentos.

El artículo, en este primer párrafo, se aparta del principio general contenido en el segundo apartado del art. 4.° de que los derechos concedidos por las leyes son renunciables, si bien cabe considerarlo comprendido dentro de la excepción establecida por el mismo artículo de que tal renuncia no es admisible cuando sea contra el interés público, carácter que en cierto modo tiene el derecho á los alimentos, como quiera que su fundamento primordial se encuentra en el que todo individuo tiene á conservar su existencia.

No es absoluto el precepto del artículo. En su segundo párrafo admite la renuncia y compensación de las cantidades debidas por pensiones atrasadas, y la transmisión del derecho á demandarlas. En puridad, dado el carácter del derecho de alimentos, no debia el Código haber establecido tal disposición, pero por otra parte, vemos que se trata, no de algo que afecte á la esencia de

ese derecho, sino de una deuda del obligado á dar alimentos. Así es que, á pesar de que se verifique la renuncia de las pensiones alimenticias atrasadas, no podría realizarse la del derecho á exigir alimentos en lo sucesivo. El Código, pues, admite la renuncia á los alimentos pasados y vencidos, no á los futuros.

El derecho antiguo, ó por mejor decir, la doctrina de los Tribunales anterior á la publicación del Código, parecía inclinarse asimismo á admitir la compensación, pues la sentencia de 14 de Mayo de 1884 estableció que «eran compensables con los alimentos sufragados á un menor los jornales devengados por éste y los trabajos del menor en beneficio del alimentante regulados á precio de jornal.»

El derecho de alimentos, á sus requisitos característicos de irrenunciable, intransmisible y no compensable, añade el de no ser susceptible de transacción, según el art. 1.814, que establece que no se puede transigir sobre los alimentos futuros, disposición cuyo fundamento se encuentra en la naturaleza misma del citado derecho, que, como creado por la ley por un interés social hasta cierto punto, no puede quedar, en cuanto á su ejercicio, al arbitrio de los particulares.

Como consideración pertinente sobre la materia que nos ocupa, diremos que la acción para exigir el pago de las pensiones alimenticias prescribe, según lo dispuesto en el núm. 1.° del artículo 1.966, á los cinco años, contados—en nuestro sentir y dado el silencio del Código—desde el pago de la última, ó, en todo caso, desde el día en que pudo ejercitarse la acción, de conformidad esto último con el precepto del 1.969.

ART. 152. Cesará también la obligación de dar alimentos:

1.° Por muerte del alimentista.

2.° Cuando la fortuna del obligado á darlos se hubiere reducido hasta el punto de no poder satisfacerlos sin desatender sus propias necesidades y las de su familia.

3.° Cuando el alimentista pueda ejercer un oficio,

profesión ó industria, ó haya adquirido un destino, ó mejorado de fortuna, de suerte que no le sea necesaria la pensión alimenticia para su subsistencia.

4.° Cuando el alimentista, sea ó no heredero forzoso, hubiese cometido alguna falta de las que dan lugar á la desheredación.

5.° Cuando el alimentista sea descendiente del obligado á dar alimentos, y la necesidad de aquél provenga de mala conducta ó de falta de aplicación al trabajo, mientras subsista esta causa.

Concordancias.—*Ninguna.*

PRECEDENTES LEGALES. — *Part.* 4.ª, *tit. XIX, ley* 6.ª — Comunal derecho es también á los padres como á los fijos, que el que feciere algunt yerro contra el otro, de aquellos por que son llamados los homes en latin *ingrati*, que quiere tanto decir en romance como seer desconociente un home contra otro del bien que rescibe ó rescebió dél, que por tal razon como esta non es tenudo el padre de criar al fijo nin el fijo de proveer al padre: et esto serie como si el uno dellos acusase al otro de buscase tal mal porque rescebiese muerte, ó deshonra ó perdida de lo suyo. Otrosi quando el fijo hobiese de lo suyo en que podiese vivir ó hobiese tal meester porque podiese guarescer usando dél sin malestanza de sí, entonce non es tenudo el padre de pensar dél: eso mesmo decimos del fijo que debe facer contra su padre. Otrosi quando moriese alguno que fuese tenudo de proveer á su padre, et en su testamento estableciese por su heredero á otro extraño desheredando á su padre por alguna derecha razon, este heredero atal non es tenudo de proveer al padre del muerto, fueras ende si viniese á muy grant pobreza.

Ley de m. civil.— Art. 75. Cesará la obligación de dar alimentos:

Primero. Cuando la fortuna del que estuviere obligado á darlos se hubiere reducido hasta el punto de que éste no pudiera satisfacerlos sin desatender sus necesidades precisas y las de su familia.

Segundo. Cuando el que hubiere de recibirlos haya mejorado de fortuna hasta el punto de no serle necesarios para su subsistencia.

Tercero. Cuando el mismo hubiere cometido alguna falta por la que legalmente le pueda desheredar el obligado á satisfacerlos.

Cuarto. Cuando el que los hubiere de percibir fuese descendiente ó hermano del que los hubiese de satisfacer, y la necesidad de aquél proviniera de mala conducta ó falta de aplicación al trabajo, mientras esta causa subsistiere.

COMENTARIO.—Tiene por objeto el artículo expresar las causas por las cuales termina la obligación de dar alimentos, siendo las segunda, tercera y cuarta las mismas que establece el art. 75 de la ley de Matrimonio civil.

Así como la obligación de alimentos cesa con la muerte del obligado, del mismo modo sucede con la del alimentista, primera de las circunstancias que marca el artículo. Aunque guardan grande analogía, cabe, sin embargo, el que en determinados casos exista diferencia entre una y otra, á saber: la de que cuando muere el alimentante la obligación se extingue en absoluto, en tanto que con el fallecimiento del alimentista puede originarse una nueva obligación con motivo de la muerte. Tal sucederá en el caso de que muriendo un hijo á quien alimente su padre deje descendientes, y el abuelo ó bisabuelo tenga que seguir cumpliendo el mismo deber con relación á ellos. La obligación ha concluído respecto del hijo, pero á su vez, y como consecuencia inmediata del óbito de éste, ha nacido otra con relación á los nietos.

Nada hay que decir de la segunda de las causas que enumera el artículo, cuya afirmación era indispensable dada la naturaleza del derecho de alimentos y las disposiciones de los artículos 146 y 147, y cuya justicia es por lo mismo notoria. Si la cuantía de los alimentos ha de ser proporcionada al caudal de quien los dé, y ha de disminuirse cuando disminuya también la fortuna del mismo, necesario era asentar que la prestación de aquéllos ha de cesar en absoluto cuando el alimentista experimentase tal reducción en su capital que no pudiese verificarla sin desatender us propias necesidades y las de su familia. Estas últimas pala-

bras precisa entenderlas en su más estricto y limitado sentido, ó sea como el conjunto de personas constituído por los cónyuges y los hijos, pues en otro caso no tendría aplicación el inciso del artículo, dado que los abuelos, padres, nietos y hermanos, forman también parte integrante de la familia, tomando esta palabra en su amplio y natural concepto. La justicia del caso del artículo que estudiamos es indudable bajo el aspecto considerado por nosotros. Digno de encomio es que las leyes no olviden á los que desgraciadamente necesitan el auxilio de sus semejantes, pero antes que el interés de éstos está el de aquellos otros respecto de los cuales el Código establece una obligación directa ó mediata, como son los cónyuges y los hijos, á tenor de los artículos 56 y 155.

El caso tercero no requiere explicación ninguna. Sólo diremos que tiene como fundamento el mismo que sirve de base al derecho de exigir alimentos. Si éste se deriva de la necesidad del alimentista, no es posible ejercitarle cuando no exista aquélla, efecto de alguna de las diversas circunstancias comprendidas en el inciso de que nos ocupamos.

La causa contenida en el núm. 4.º del artículo tiene en parte su primer precedente en la ley 6.ª del tít. XIX de la Part. 4.ª, mencionada en el epígrafe de este nombre, que admitía como circunstancia eximente, recíproca en favor del padre y del hijo, el hacer «algunt yerro contra el otro, de aquellos por que son llamados los homes en latin *ingrati*», y es reflejo fiel de la establecida en el caso 3.º del art. 75 de la ley de Matrimonio civil. El precepto alcanza á todos los alimentistas que incurran en cualquiera de las causas de desheredación expuestas en los artículos 756 y 853 al 855 inclusives (1).

---

(1) Art. 756. Son incapaces de suceder por causa de indignidad:

1.º Los padres que abandonaren á sus hijos y prostituyeren á sus hijas ó atentaren á su pudor.

2.º El que fuere condenado en juicio por haber atentado contra la vida del testador, de su cónyuge, descendientes ó ascendientes.

Si el ofensor fuere heredero forzoso perderá el derecho á la legítima.

3.º El que hubiese acusado al testador de delito á que la ley señale pena aflictiva, cuando la acusación sea declarada calumniosa.

4.º El heredero mayor de edad que sabedor de la muerte vio-

La última causa mencionada en el núm. 5.° es lógica y hasta necesaria. Lo primero en atención á la naturaleza de la obligación de dar alimentos, expuesta con repetición; lo segundo porque establecer otra cosa valdría tanto como amparar la holganza y la inmoralidad.

El artículo menciona sólo á los descendientes, pero su precepto comprende asimismo á los hermanos, bastando para demostrarlo una ligera consideración. El art. 143, al determinar los motivos por los que los hermanos se deben alimentos, expresa como tales «un defecto físico ó moral, ó cualquiera otra causa

---

lenta del testador, no la hubiere denunciado dentro de un mes á la justicia, cuando ésta no hubiera procedido ya de oficio.

Cesará esta prohibición en los casos en que, según la ley, no hay la obligación de acusar.

5.° El condenado en juicio por adulterio con la mujer del testador.

6.° El que, con amenaza, fraude ó violencia obligare al testador á hacer testamento ó á cambiarlo.

7.° El que, por iguales medios, impidiere á otro hacer testamento ó revocar el que tuviere hecho, ó suplantase, ocultase ó alterase otro posterior.

Art. 853 Serán también justas causas para desheredar á los hijos y descendientes, tanto legítimos como naturales, además de las señaladas en el art. 756 con los números 2.°, 3.°, 5.° y 6.°, las siguientes:

1.ª Haber negado sin motivo legítimo los alimentos al padre ó ascendiente que le desheredа.

2.ª Haberle maltratado de obra ó injuriado gravemente de palabra.

3.ª Haberse entregado la hija ó nieta á la prostitución.

4.ª Haber sido condenados por un delito que lleve consigo la pena de interdicción civil.

Art. 855. Serán justas causas para desheredar al cónyuge, además de las señaladas en el art. 756 con los números 2.°, 3.° y 6.°, las siguientes:

1.ª Las que dan lugar al divorcio, según el art. 105.

2.ª Las que dan lugar á la pérdida de la patria potestad, conforme al art. 169.

3.ª Haber negado alimentos á los hijos ó al otro cónyuge.

4.ª Haber atentado contra la vida del cónyuge testador, si no hubiere mediado reconciliación.

Para que las causas que den lugar al divorcio lo sean también de desheredación es preciso que no vivan los cónyuges bajo un mismo techo.

que no sea imputable al alimentista.» Ahora bien: como su mala conducta ó la falta de aplicación al trabajo son circunstancias dependientes de su voluntad é *imputables*, por lo tanto, al mismo, son también causas suficientes para que cese y no tenga lugar la obligación de los alimentos respecto de los hermanos.

Diremos, como consideración final sobre este artículo, que la prueba de la existencia y certeza de cada una ó varias de las causas por las que cesa la obligación de prestar alimentos incumbirá al alimentista, ya porque él ha de ser quien afirme su existencia, y es un principio de derecho procesal que al que afirma corresponde probar su afirmación, ya porque se trata de la extinción de una obligación, y el art. 1.214 del Código dispone que su prueba (la de la extinción) pertenece al que se opone á su cumplimiento.

ART. 153. Las disposiciones que preceden son aplicables á los demás casos en que por este Código, por testamento ó por pacto se tenga derecho á alimentos, salvo lo pactado, lo ordenado por el testador ó lo dispuesto por la ley para el caso especial de que se trate.

Concordancias.—*Ninguna.*

PRECEDENTES LEGALES.—*Ninguno.*

COMENTARIO.—El Código otorga á las disposiciones del título que estudiamos el carácter de regla general en materia de alimentos, aplicable á todos los casos en que exista el derecho á los mismos, sin perjuicio de la ley particular establecida en cada uno de ellos por pacto, por testamento ó de lo dispuesto especialmente por el Código. Es, pues, un artículo de referencia, siendo conveniente, por virtud de esta misma condición, examinar los casos diversos que el Código ofrece sobre este particular.

Es el primero el comprendido en el art. 176, referente á adoptante y adoptado, cuya obligación de alimentos es recíproca. Este caso es análogo al de alimentos entre padres é hijos, al que cabe, por tanto, equipararlos. Así, tiene perfecta aplicación el precepto

del art. 153, puesto que, dada la naturaleza de la obligación de alimentos por causa de adopción, eran pertinentes y precisaría extender á ella las disposiciones del título de alimentos, aun en el supuesto de que no existiera la del citado artículo.

Es relativo el segundo á las personas sujetas á tutela, declarando sobre este extremo el art. 264 «que el tutor está obligado á alimentar y educar al menor ó incapacitado con arreglo á su condición y con estricta sujeción á las disposiciones de sus padres ó á las que, en defecto de éstos, hubiera adoptado el consejo de familia». Ampliando y aclarando esta disposición, el 268, ordena que «cuando acerca de la pensión alimenticia del menor ó incapacitado nada hubiese resuelto el testamento de la persona por quien se hizo el nombramiento de tutor, el consejo de familia, en vista del inventario, decidirá la parte de rentas ó productos que deba invertirse en aquella atención, resolución que puede modificarse á medida que aumente ó disminuya el patrimonio de los menores ó incapaces, ó cambie la situación de éstos».

Refiérese el tercero al derecho de alimentos conferido por última voluntad, materia del art. 879, que distingue entre el legado de educación y el de alimentos. Éste dura toda la vida del legatario, si el testador no dispuso otra cosa; aquél sólo hasta su mayor edad. Si el testador no ha señalado cantidad para cualquiera de dichos legados, se fijará según el estado y condición del legatario y el importe de la herencia, á no ser que acostumbrase el primero á dar en vida al segundo cierta cantidad de dinero ú otras cosas por vía de alimentos, caso en el que se entenderá legada la misma cantidad, siempre que no resulte en notable desproporción con la cuantía de la herencia.

Cuando la prestación de alimentos haya de verificarse periódicamente por voluntad del testador, entendemos que es aplicable el art. 880, que preceptúa que «legada una pensión periódica ó cierta cantidad anual, mensual ó semanal, el legatario podrá exigir la del primer período así que muera el testador, y la de los siguientes en el principio de cada uno de ellos, sin que haya lugar á la devolución, aunque el legatario muera antes que termine el período comenzado». Si los bienes de la herencia no alcanzaren para cubrir todos los legados, el pago de alimentos se hará con preferencia al de educación, según el art. 887, y antes que aquél el de los remuneratorios de cosa cierta y determinada que forme

parte del caudal hereditario y los que el testador haya declarado preferentes.

¿Cesará la obligación de dar alimentos cuando ésta se haya constituído por testamento por las causas del art. 152? En principio precisa contestar afirmativamente, dada la redacción del artículo que comentamos, el cual declara que las disposiciones que le preceden son aplicables á los demás casos en que ya por el Código, ya por *testamento* ó por pacto, se tenga derecho á alimentos, salvo lo pactado, lo *ordenado por el testador* ó lo dispuesto por la ley para el caso especial de que se trata; pero fijando algo la atención, se ve que el precepto no es ni puede ser tan absoluto como parece, y lo demostraremos con ligeras consideraciones.

El art. 143 establece que la obligación de alimentos es forzosamente recíproca, carácter que no ostenta cuando se funda en pacto, á no ser que se estipule en él, y que nunca puede poseer, tratándose de la derivada de un testamento, pues la obligación tiene vida en el mismo momento en que fallece quien la consigna en su última voluntad.

El 146 preceptúa que la cuantía de los alimentos ha de ser proporcionada al caudal de quien los da y á las necesidades de quien los recibe, precepto que no siempre tiene aplicación al caso del derecho de alimentos por disposición testamentaria. El testador puede dejar en este concepto la cantidad que estime por conveniente, sin tener en cuenta para nada su fortuna, respetando sólo los derechos de los herederos forzosos.

El 148 determina que los alimentos serán exigibles desde que los necesite para subsistir la persona que tenga derecho á percibirlos, y en el caso de que aquéllos procedan de testamento no puede exigirlos hasta la muerte del testador.

El 150 declara que la obligación de alimentos *cesa* con la muerte del obligado, siendo así que en los alimentos por disposición testamentaria *nace* precisamente el derecho con la muerte del que los da.

El art. 151 expresa que el derecho de alimentos no es renunciable cuando no hay disposición alguna que prohiba y pueda impedir que el legatario renuncie el legado de alimentos. Éste tampoco es transferible ni compensable, pero es debido á la naturaleza propia del legado, que lleva siempre el carácter de personal y la condición de favorecer á determinado individuo.

Hacemos estas consideraciones para demostrar que no es cierta por completo la disposición del art. 153 en cuanto á los extremos indicados, y es que el legislador al formularla ha olvidado la radical y profunda diferencia que existe entre el derecho de alimentos por ministerio de la ley, *alimentos legales*, que pudiéramos decir, y los *convencionales* ó *extra legales*, ó sea, los fundados en pacto ó en testamento. El primero es un derecho creado por la ley en atención á la situación de determinadas personas con motivo de la necesidad de éstas; por eso reúne los caracteres de irrenunciable é intransmisible, porque de renunciarlo ó cederlo, dejaría de llenarse el fin de la ley, y por eso también la obligación que supone lleva las condiciones de forzosa é ineludible, recayendo asimismo en ciertas y contadas personas. Los segundos consisten en una obligación derivada de la voluntad de un particular sin que la ley se la imponga, contraída en favor de otra persona, la cual es también libre de exigir ó no su cumplimiento.

Si el artículo no es cierto en cuanto á las disposiciones de los artículos 143, 146, 148, 150 y en parte el 151, surge la duda de si ocurrirá igual respecto del art. 152, y por eso es conveniente examinar cada una de las causas que comprende. Es la primera la muerte del alimentista, la cual indudablemente es aplicable, porque, como ya hemos indicado, una de las pocas condiciones comunes al derecho de alimentos, cualquiera que sea su origen, es el ser eminentemente personal. Aparte de esto, el mismo Código asigna al legado de alimentos el carácter de vitalicio. El artículo 879 afirma que dura mientras viva el legatario; es decir, que termina cuando éste fallece.

¿Será dable pactar que muerto el legatario, el derecho de alimentos pase á otra persona, por ejemplo, á un hijo de aquél? Así lo entendemos nosotros, pues tanto el art. 153 como el 879 reconocen respectivamente al que da los alimentos y al testador la facultad de pactar lo que consideren oportuno; facultad que tampoco rechaza la naturaleza propia de la causa objeto de examen.

También consideramos aplicable la segunda, y más aún, creemos que no podrá consignarse al hacer el legado nada en contrario. Sin embargo, hay que atender á las circunstancias de los varios casos que pueden presentarse.

Así, si el testador dice, por ejemplo: nombro heredero de mis

bienes á *B*... con la obligación de dar 3.000 pesetas anuales á *C*... en concepto de alimentos, si la cuantía de la herencia disminuye hasta el punto de serle imposible al heredero cumplir la condición impuesta por su causahabiente sin desatender sus propias necesidades y las de su familia, necesariamente tiene que admitirse la extinción de la obligación, puesto que ésta viene á recaer de un modo directo y personal sobre el heredero. Y podrá también éste, de acuerdo con la doctrina de los artículos 146 y 147, solicitar la disminución de la pensión cuando el caudal hereditario sufra alguna reducción importante, ya que es de presumir que aquélla se encuentra establecida en consideración á la cuantía de la herencia, y debe, por tanto, ser proporcional á la misma. Además, si por efecto de la disminución del caudad relicto tuviese que satisfacer el heredero la pensión ó parte de ella del suyo, resultaría que tal obligación, que había de recaer sobre los bienes de la herencia, venía á gravar los propios del primero, infringiéndose de consuno uno de los fundamentos de la ley en cuestión de alimentos: el de que la prestación de éstos no ha de llevar consigo perjuicio para el alimentante, y la intención del testador, que no es otra sino la de que la pensión se pague de sus bienes. Por el contrario, entendemos que el alimentista carece siempre de facultad para exigir aumento de la pensión alimenticia, porque la ley en materia de últimas voluntades es la disposición expresa del testador, respecto del cual precisa suponer que estableció la obligación de alimentos teniendo ya en cuenta el capital de la herencia y las necesidades de la persona á cuyo favor se estableció.

Pero si el testador deja consignado determinado capital, cuyo producto haya de aplicarse al pago de los alimentos, en papel del Estado, en acciones de Banco ó en cualquier otra clase de bienes, el cumplimiento de la obligación dependerá de la existencia de los bienes dejados al efecto y se extinguirá con su pérdida, á no ser que en el testamento se hubiese previsto esto y dispuesto lo conveniente para evitarlo.

En cuanto á la segunda causa, pensamos que no determinará en el caso de que nos ocupamos el término de la obligación de alimentos, puesto que la intención del testador al establecer un legado de alimentos es que la persona favorecida perciba durante toda su vida la pensión correspondiente, intención que confirma

el Código en su art. 879. Hay otra razón además en pro de nuestro aserto, y es que estos legados pueden hacerse, y se han hecho repetidas veces, aun ejerciendo el legatario un oficio, profesión ó industria, ó disfrutando de rentas suficientes para una modesta subsistencia, de donde se deduce que no es precisamente el mero hecho de la subsistencia lo que sirve de fundamento á estos legados, sino el deseo de quien los hace de amparar ó favorecer á una persona determinada. Esto bajo el supuesto que examinamos las diferentes cuestiones que vamos exponiendo, es decir, en el de que el testador hubiera guardado silencio sobre el particular; pues si estableciá de un modo expreso que mejorando de fortuna el legatario cesase el legado, ésta sería la ley á que precisaba atenerse, no existiendo, por lo tanto, cuestión alguna. Uno y otro caso lo resuelven el párrafo 2.° del artículo 879 ya mencionado, cuando dice que «el legado de alimentos dura mientras viva el legatario, si el testador no dispone otra cosa,» en unión del mismo artículo comentado, que si bien declara aplicables en todo caso las disposiciones que preceden, es sin perjuicio de lo ordenado por la ley para el especial de que se trate, y en el presente, la ley particular sobre los alimentos por testamento es el art. 879, que declara que éstos duran mientras viva el que ha de percibirlos. Únicamente en el caso de que el alimentista, al comenzar á disfrutar ese derecho, careciese en absoluto de todo medio de subsistencia y adquiriese con posterioridad un destino ó una fortuna que le permitiesen vivir sin necesidad de aquél, ó en el de que se viese que la intención del testador era que sólo los percibiese en tanto que le fueran indispensables, es cuando pudiera sostener que el derecho cesaría por estas causas.

De más difícil resolución es la causa cuarta, ó sea la que atañe á la pérdida del derecho de alimentos por la comisión de alguna de las faltas que dan lugar á la desheredación.

Trátase aquí de una materia especial, de la de últimas voluntades, y en armonía con el precepto del art. 153, antes que las reglas generales del título de alimentos deben estar las particulares establecidas por la ley sobre la materia indicada, reglas que aplicaremos para resolver las cuestiones que dentro de la planteada se ofrecen, á saber: primera, si el legatario podrá entrar en posesión del legado cuando concurra una ó varias de di-

chas faltas; segunda, cuáles de entre éstas producirán el efecto de que no adquieran el legado; tercera, si una vez adquirido y entrado en su disfrute, es posible que el legatario pierda su derecho por haber cometido alguna de las faltas de desheredación contra el heredero.

Las dos primeras se encuentran íntimamente relacionadas y precisa examinarlas á un mismo tiempo. Las causas de desheredación se expresan, como ya hemos expuesto en el comentario del artículo anterior, en los artículos 852, 853 y 854. De éstos es aplicable el primero, que á su vez se refiere al 756, pues los otros dos atañen de un modo particular á los hijos y descendientes y cónyuges del testador y á causas de que puede hacer uso éste en vida, no los herederos después de la muerte del testador.

El citado art. 756 enumera quiénes son incapaces de suceder por indignidad, y aunque no especifica si sus preceptos alcanzan al legatario ó se limitan al heredero, la duda que pudiera envolver este silencio se halla resuelta, en nuestro sentir, por los artículos 758 y 762. Dice el primero, en el párrafo de igual orden, que «para calificar la *capacidad* del heredero ó *legatario* se atenderá al tiempo de la muerte de la persona de cuya sucesión se trate,» y el segundo que «no puede deducirse acción para declarar la *incapacidad* pasados cinco años desde que el *incapaz* esté en posesión de la herencia ó *legado*.» Como vemos, ambos artículos afirman de modo expreso que la incapacidad del art. 756 comprende igualmente al heredero y al legatario, respecto de éste en todos sus casos menos el primero y el cuarto. Aplicando, pues, lo expuesto á la tesis que sustentamos, cabe establecer como afirmación definitiva la de que si el legatario hubiese incurrido en alguna de las causas del repetido art. 756 que le atañen, no podrá entrar en posesión ó disfrute del legado de alimentos. No es, pues, que el legatario pierda el derecho á éstos; es que no lo adquiere en virtud de lo dispuesto especialmente por la ley para el caso de los alimentos por última voluntad.

Ahora bien: el Código, en su art. 757, determina que «las causas de indignidad dejan de surtir efecto si el testador las conocía al tiempo de hacer testamento, ó si, teniendo noticia de su concurrencia después, las remitiere en documento público,» y de esto se desprende que en el caso de que se promoviese un litigio sobre cumplimiento ó entrega del legado, la cuestión había de versar ya

sobre la existencia ó inexistencia del motivo de la incapacidad, ya partiendo del supuesto de su existencia, sobre su conocimiento por parte del testador, cuando no la hubiera remitido en documento público. Si, lo que es más probable, fuere el legatario quien entablare el juicio correspondiente, á él incumbiría probar que el testador conocía la causa ó causas de indignidad en la fecha del otorgamiento de su última disposición, á pesar de la cual fué instituído legatario. Si el legatario hubiere entrado en posesión del legado por ignorar el heredero la existencia de la causa que incapacitaba al primero, y por haberlo sabido posteriormente promoviese el oportuno pleito, entonces compete al segundo la demostración de la incapacidad; pero creemos que en este caso deberá también el legatario, supuesta la certeza de la causa, probar que tal testador hizo el legado á su favor teniendo conocimiento de la causa. No es superfluo repetir que el heredero había de incoar el pleito en el término que marca el art. 762, ó sea el de cinco años desde que el incapaz haya entrado en posesión del legado.

Quédanos por examinar la última cuestión que sobre la causa 4.ª del art. 152 hemos formulado, la de si el legatario, una vez puesto en disfrute del legado, puede perder éste por la comisión de cualquiera de las faltas de desheredación pertinentes respecto del heredero, por ejemplo, el atentar el legatario contra la vida de éste ó injuriarle gravemente de palabra, el haberle acusado de delito al que la ley señalase pena aflictiva, etc. El punto es discutible y la respuesta no del todo fácil. Determinan á contestar en términos afirmativos dos razones: una, la de que el heredero se supone que es la misma personalidad del difunto, al que sucede en todos sus derechos, conforme al art. 661, y la falta cometida contra aquél habría que estimarla como realizada contra éste; otra, la de que el caso 4.º del art. 152 no exige más que la mera comisión de la falta. Pero en oposición á éstas es dable alegar otra, la de que por la misma naturaleza de las faltas de desheredación se requiere una persona contra la que se realicen, y ésta no puede ser otra que el alimentante, el cual no es el heredero, sino su causahabiente, pues los alimentos los percibe el legatario en nombre del testador, del que el heredero no es, con relación al legado, más que un ejecutor de la voluntad de aquél, un mandatario. A más de esto, hay que tener en cuenta el princi-

pio de derecho de que las leyes han de restringirse en lo odioso y ampliarse en lo favorable, principio que resultaría infringido en el supuesto de que se extendiese el precepto legal á casos que el Código no considera de un modo directo como comprendidos dentro del mismo.

Tocante á la causa quinta y última del artículo, entendemos que no tiene aplicación tratándose del legado de alimentos, así por las razones expuestas sobre la tercera, que son pertinentes en cuanto á la que nos ocupa, como porque precisa no olvidar que el art. 152 habla de la *obligación de alimentos*, esto es, de una prestación impuesta *a fortiori* por la ley en virtud de la situación especial de aquel á cuyo favor se establece, y que debe cesar cuando esta situación obedece á causas imputables al alimentista, en tanto que el legado de alimentos es un *acto gracioso* del testador, á cuyo cumplimiento se obliga por su *libre voluntad* sin consideración á la conducta del favorecido. Por otra parte, el caso quinto del art. 152 habla de necesidad, supone que ésta subsiste, y el legado de alimentos tiene precisamente por objeto el que ésta desaparezca hasta el punto de que el legatario acaso no se vea precisado á procurarse el sustento con su trabajo, en razón á la cuantía de la prestación.

Como advertencia final acerca del legado de alimentos, diremos que todas las consideraciones expuestas sobre los casos en que aquél puede ó no extinguirse, lo han sido en el supuesto de que el testador no hubiese previsto y resuelto en el testamento todas las circunstancias mencionadas, puesto que si así lo hubiera efectuado habría que atender en primer término á lo dispuesto por él, conforme declara el artículo que comentamos.

Los demás casos en que el Código trata de la materia de alimentos están comprendidos en los artículos 845, 1.379, 1.430 y 1.434, el primero referente á los hijos ilegítimos y los restantes á los cónyuges, y de ellos nos hemos ocupado en su lugar respectivo.

Vamos á examinar el caso en que el derecho de alimentos traiga su origen del pacto, ó sea del convenio de las partes interesadas, respecto de las cuales la primera pregunta que se ofrece hacer es la siguiente: ¿tendrán los contratantes libertad absoluta para estipular las condiciones del convenio, ó deberán acomodarse á las reglas de reciprocidad, proporcionalidad, no trans-

misión y demás del título? Nuestra opinión es favorable á lo primero por dos razones: por la doctrina del mismo artículo que criticamos, que no señala prohibición ni restricción alguna, y por el contrario, afirma que las disposiciones del título de alimentos sólo son aplicables en defecto de lo pactado, dando preferencia á la ley fijada por la voluntad particular sobre la marcada en el Código, y por la declaración del 1.255, de que los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios á las leyes, á la moral ni al derecho.

La cuestión surge cuando no se ha pactado nada sobre los extremos indicados, cuando los contratantes hayan guardado silencio sobre ellos, caso en el que ocurre preguntar: ¿serán aplicables las diversas disposiciones de los artículos precedentes al 153? ó en términos más claros: ¿podrá renunciarse el derecho á alimentos? ¿Podrá verificarse la transmisión del mismo? ¿Será válida la transacción sobre alimentos futuros? Según el precepto del art. 153, no, puesto que manifiesta que sus precedentes tienen aplicación cuando nada se ha pactado en contrario, pero tal doctrina queda destruída por los mismos fundamentos que expusimos respecto del legado.

En los alimentos por pacto, ni la obligación tiene que ser recíproca, ni proporcional, ni exigibles sino desde que se convengan, de modo que ninguna de estas disposiciones rige en cuanto á los mismos, apareciendo así desmentida la del art. 153.

Esto es debido, como ya hemos expresado, á la diferente naturaleza del derecho de alimentos, por virtud de la ley y del procedente de pacto ó testamento. El Código es cierto que en sus artículos 146, 147 y 151 asigna al derecho de alimentos los caracteres de proporcional, irrenunciable, intransmisible, no compensable ni susceptible de transacción, pero es, y hay que fijarse bien en ello, respecto del que establece la ley en interés de determinadas personas, por virtud de la relación de parentesco que les une con otras y atendiendo á la situación en que se encuentran esas personas. Es un derecho que supone una obligación ineludible tocante al que ha de prestar los alimentos, obligación ingénita, por decirlo así, en él, á causa de los lazos de la sangre que le ligan con el alimentista, y á cuyo cumplimiento puede ser obligado coactivamente.

Nada de esto sucede con los alimentos procedentes de pacto. Se trata de un derecho creado por ley particular, de una obligación contraída libremente por persona á quien con anterioridad al convenio no alcanzaba, respecto de otra que tampoco tenía facultad para exigirla. Entre uno y otro derecho de alimentos (el derivado de la ley y el nacido del contrato) existe, en cuanto á su origen, la misma diferencia que entre el del heredero forzoso (ascendiente, descendiente ó cónyuge) y el del legatario. El del primero arranca de la ley que lo establece, tomando como fundamento los vínculos de la sangre, y es ajeno y superior á la voluntad del testador; el del segundo proviene de la mera liberalidad de éste, sin consideración ninguna del parentesco. Por eso, tratándose del primero, declara el Código, en su art. 813, que el testador no podrá privar á los herederos de su legítima sino en los casos expresamente determinados por la ley, así como tampoco imponer sobre ella gravamen alguno; y en el 816, que es nula toda renuncia ó transacción sobre la legítima futura. Respecto del segundo, calla sobre este último extremo, porque no siendo como la legítima un derecho que nace con el individuo, sino dependiente de la voluntad del causante, hasta la muerte de éste, no es posible saber si existe ó no, á pesar de que el art. 858 dice que el testador podrá gravar con mandas y con legados al legatario.

¿Qué consecuencias se derivan de todo lo dicho? Las que á continuación se expresan, claras y concluyentes: 1.ª, que tratándose de las personas que tienen derecho á alimentos, según el artículo 143, podrán establecerse los pactos que se estimen convenientes sobre lo accidental de dicho derecho (modo y lugar del cumplimiento de la prestación y aun la cuantía de ésta); pero no *sobre* lo esencial del mismo (proporcionalidad entre la pensión y el capital, renuncia y transmisión), puesto que entonces quedaría destruído el objeto de la ley y se infringiría además la doctrina del art. 1.255, que prohibe consignar los pactos contrarios á las leyes, que se tendrían como no puestos, á tenor del párrafo primero del art. 4.º; 2.ª, que respecto de cualquiera otra persona de las no comprendidas en el citado art. 143, pueden convenirse con entera libertad cuantas condiciones deseen los interesados, siempre que no sean contrarias á la moral y buenas costumbres, ya que las prohibiciones del art. 151 atañen

única y exclusivamente al derecho de alimentos por ministerio de la ley.

La certeza de lo expuesto compréndese en las observaciones que vamos á hacer. Si una persona, por un acto de liberalidad, asigna alimentos á otra, ¿por qué no ha de poder ésta renunciar lo que es, no un derecho preexistente y reconocido por la ley, sino una mera gracia? ¿Cabe igualar este caso, en el que el derecho de alimentos depende de un acto voluntario, del otro en que tal derecho nace de una disposición de la ley y reúne los caracteres de forzoso é ineludible? En modo alguno, pues su origen y fundamento son distintos.

¿Por qué y en virtud de qué principio los alimentos que se pacten han de guardar la relación con el capital que exige el artículo 146? Los contratantes son árbitros de fijar la cuantía que consideren conveniente, sin sujeción á regla alguna, salvo la de desatender el alimentante sus necesidades propias y las de su familia, y á nadie puede ocurrírsele lo opuesto. Es, por tanto, inexacto el art. 153 en cuanto al particular examinado.

Tocante á la transmisión, si no se ha estipulado sobre ella, claro es que no podrá verificarse, porque la obligación de alimentos (y acaso sea éste el requisito más característico), es siempre y en todos los casos eminentemente personal, lleva como implícita la condición de hacerse en pro de determinado individuo, pero es indudable que será lícito y permitido consignar que por determinada circunstancia se transmita el derecho á un tercero. Así, puede convenir, por ejemplo, que cuando el alimentista se case ó termine el estudio de una carrera ó profesión, ó cumpla determinada edad ó acontezca cualquiera otra circunstancia, pase el derecho de alimentos á una tercera persona, transmisión que no es posible efectuar en los casos del art. 142; primero, porque el artículo establece la obligación, según hemos dicho repetidas veces, en consideración exclusiva á las personas que menciona, y fuera de ellas desaparece la misma; segundo, porque esto implicaría una renuncia del derecho por parte del alimentante que prohibe el art. 151. Existe, por consiguiente, analogía entre los alimentos legales y los alimentos convencionales, respecto de la transmisión, en cuanto que ésta en uno y en otro caso no puede tener lugar por acto propio y particular del alimentista; se diferencian en que, tratándose de los primeros, tampoco es dable á

éste y al que ha de darlos convenir sobre la transmisión nada que afecte á lo fundamental y personal del derecho, siendo así que en cuanto á los segundos cabe pactar ésta del modo antes indicado.

Continuando con el estudio de lo relativo al derecho de alimentos fundado en el pacto, importa examinar el extremo de si serán obligatorias en tal caso las causas por las que, conforme á los artículos 150 y 151, cesa la obligación de alimentos, ó en otros términos, si podrán estipularse cláusulas opuestas á la misma y si regirán no mediando pacto. Ambas cuestiones se resuelven en tesis general en sentido afirmativo la primera, y negativo la segunda, por el principio sentado en el art. 158; pero por motivos semejantes á los expuestos en otro lugar de este mismo artículo, nos vemos precisados á analizar cada una de las diversas causas en ambos aspectos.

Es la primera (art. 150) la muerte del obligado, y en nuestro sentir, subsiste y no será lícito pacto contrario, dada la doctrina del art. 1.257. Declara éste que si bien los contratos producen efecto, no sólo entre las partes que los otorgan, sino también respecto de sus herederos, es con relación á éstos en el caso en que los derechos y obligaciones que proceden del contrato sean transmisibles, ó *por su naturaleza*, ó por pacto, ó por disposición de la ley. Ahora bien: siendo por su esencial naturaleza intransmisible el derecho de alimentos, el contrato que tenga por objeto ese derecho no producirá efecto alguno más que entre los contratantes, no entre sus herederos.

Por otra parte, el extender el alimentante la obligación de alimentos á época posterior á su fallecimiento supone en realidad un acto por el cual aquella persona dispone de sus bienes para después de su muerte, y esto no puede hacerse (art. 668) sino á título de herencia ó legado. Y como quiera que no se trata de herederos forzosos, sólo continuaría, pues, la obligación de alimentos en el caso que en el testamento ó con los requisitos que determina el art. 672 se constituyera el legado correspondiente. En una palabra: *inter vivos* puede verificarse la prestación en virtud de contrato; *mortis causa* (en el caso que venimos examinando), sólo si se ha impuesto tal gravamen al heredero á título de legado. De aquí que por las razones indicadas entendamos que habría que considerar como nulo ó no puesto el pacto en que una

persona se comprometiere á que sus herederos diesen á otra alimentos después de su muerte (de la primera), y además, porque tal cláusula envolvía en puridad un convenio sobre un derecho sucesorio futuro, convenio que reprueba el Código cuando dice en el párrafo 2.° del art. 1.271 que sobre la herencia futura no se podrán celebrar otros contratos que aquellos que tengan por objeto practicar entre vivos la división de un caudal por el mismo testador.

De estas mismas consideraciones se deduce que esta causa rige siempre, y por tanto, cuando no medie pacto, ya que no es posible convención opuesta á ella, porque de recaer sobre el heredero sucedería lo aseverado, y además por el carácter personal de la obligación.

No son aplicables estas consideraciones respecto de la segunda causa, porque cesa la obligación de alimentos (primero del artículo 152) con la muerte del alimentista. Cuando el que da los alimentos se compromete á satisfacerlos á otra persona por muerte del favorecido, no se trata de un contrato cuyos efectos han de recaer sobre los herederos de los otorgantes, ni de una disposición de última voluntad, ni de un pacto sobre derechos sucesorios futuros: se trata de una simple obligación condicional, perfectamente válida y lícita. Sería arbitrario y antijurídico el estimar nula la cláusula en que se dijese, por ejemplo: «me comprometo á dar á D... en concepto de alimentos la cantidad de 5.000 pesetas anuales, y si fallece, á su hijo D...» etc.

Esta causa se halla establecida de una manera exclusiva respecto de la obligación de alimentos reconocida por la ley en razón á su naturaleza especial. Dicha obligación requiere dos personas, cuya existencia es indispensable para que aquélla tenga lugar, puesto que sólo entre ellas, y no con otras, ha de realizarse la prestación. Así, muerto el obligado, cesa la obligación, porque él debe únicamente cumplirla; muerto el alimentante, cesa también, porque sólo él puede exigir su cumplimiento. No sucede esto con los alimentos por convenio, que debiendo su origen á la voluntad particular, suponen una liberalidad sin las restricciones marcadas en los casos del art. 143. La obligación de alimentos en virtud de pacto tiene el carácter de personal una vez celebrado, pero antes de esto existe libertad absoluta para estipular entre las personas á cuyo favor se ha de prestar aquélla y que han de prestar-

los. De este modo podrá establecerse que, muerto aquel á cuyo favor se estipuló la obligación, haya de seguirse observando ésta con relación á otra persona, pacto que no prohibe la ley ni es contrario á la moral.

¿Y cuando no existe cláusula alguna sobre el particular? En este caso sí regirá, dado que el derecho de alimentos reviste el mismo carácter que la obligación, ó sea el de personal. Muerta la persona á cuyo favor se encuentra establecido, se extinguen el derecho y la obligación correlativa.

Es la tercera causa, como ya sabemos, la de que la fortuna del obligado á dar los alimentos se reduzca hasta el extremo de no poder satisfacerlos sin descuidar sus propias necesidades y las de su familia. Sobre ella se ofrecen las mismas cuestiones que sobre todas, á saber: si podrá pactarse en contrario, esto es, si será lícito estipular que aunque la fortuna del alimentista disminuya hasta el punto que expresa el núm. 2.° del art. 152, ha de seguir prestando los alimentos, y si no estipulando nada cesará la obligación cuando ocurra tal hecho, y el obligado podrá eximirse del cumplimiento de aquélla. A la primera contestamos desde luego que no, porque el art. 1.255 prohibe establecer pactos contrarios á la moral, y este carácter revestiría el de que se trata, puesto que venía á proclamar el no cumplimiento de obligaciones tan sagradas como las relativas á la familia, de observancia ineludible, posponiéndolas á las contraídas en favor de un extraño. Es más: el efecto de tal cláusula sería el de invalidar el contrato, de conformidad con la doctrina del art. 1.116, que declara que las condiciones contrarias á las buenas costumbres anularán la obligación que de ellas dependa.

A la segunda cabe responder de igual modo, no por el precepto del art. 152, que, según hemos expuesto con repetición, se refiere sólo al derecho de alimentos conferido por la ley, sino por virtud de las mismas razones acabadas de indicar. En efecto: si es ilícito, por atentatorio á las buenas costumbres, el pacto contrario á la disposición del caso 2.° del art. 152, malo será también interpretar el silencio de un contrato en sentido opuesto á la misma, y la ley y los Tribunales no pueden favorecer ni amparar la inmoralidad, como sucedería si no se considerase eximido al obligado del cumplimiento de su obligación cuando tuviese lugar la circunstancia de que su capital se hubiera

reducido en la proporción que expresa la ley en el caso que examinamos.

Aparte de esto, el Código determina como medios de extinguirse las obligaciones la pérdida de la cosa debida cuando aquélla consiste en entregar una determinada, y la imposibilidad legal ó física de la prestación cuando la obligación fuese de hacer, es decir, que el espíritu de la ley es librar al obligado del cumplimiento de la obligación cuando ésta resulta imposible por un hecho ajeno á la voluntad de aquél. Como se ve, esto tiene perfecta aplicación, respecto de la obligación de alimentos, en el caso objeto de examen. Ésta no puede realizarse por virtud de circunstancias extrañas al obligado; no hay, pues, otro remedio que considerar extinguida la obligación por la imposibilidad de que el deudor la cumpla. Dedúcese de aquí, como consecuencia inversa, que si la fortuna del que había de dar los alimentos aumentase, nacería de nuevo la obligación, pues ésta en tanto subsistiría en cuanto fuese posible su realización. Por eso, con más propiedad que la palabra extinción, puede emplearse la de suspensión.

Es la cuarta circunstancia (tercera del art. 152), la de que el alimentista pueda ejercer un oficio, profesión ó industria ó mejore de fortuna. Ninguna duda cabe de que será lícito el pacto en que se acordase que la obligación de alimentos cesaría *ipso facto*, por la concurrencia de cualquiera de las expresadas causas. Los contratantes son árbitros de establecer cuantas condiciones crean convenientes, siempre que no sean contrarias á la moral, á las buenas costumbres, á la ley ó á la naturaleza especial del derecho de que se trate. Y si nada se ha estipulado, que es el caso en que conviene estudiarla, dada la disposición del art. 153, ¿tendrá aplicación? No. El precepto del núm. 3.° del art. 152 está consignado, como los demás del mismo artículo, y no nos cansaremos de repetirlo, para el derecho de alimentos legales entre los parientes comprendidos en el 143, por la naturaleza especial de la obligación, que es un gravamen forzoso que la ley impone á causa de la situación del alimentista, y que debe terminar cuando ésta desaparezca. En los alimentos en virtud de pacto es dable decir lo mismo que expusimos sobre los que traen su causa de legado, esto es, que su fundamento no es siempre y principalmente la subsistencia del alimentista, sino la remuneración de

un servicio ó un favor, ó la liberalidad del que ha de darlos. Y así—decíamos—que hay muchos casos en que una persona suministra á otra alimentos, á pesar de que ésta desempeña un cargo, ejerce una profesión ú oficio, ó disfruta de rentas que le proporcionan lo suficiente para una modesta existencia. Únicamente, pues, cuando de los términos del contrato (de no haber pacto expreso) pudiera deducirse que la obligación se había contraído por motivo exclusivo de la situación más ó menos precaria y aflictiva del alimentista, es cuando también pudiera sostenerse que aquélla cesaría, pero no tanto por el precepto del artículo 153 como por las palabras del contrato, interpretadas conforme á las reglas que fija el Código en sus artículos 1.281 á 1.289 inclusive.

¿Deberá entenderse finiquita la obligación de alimentos convencionales cuando el alimentista cometa contra el que los preste alguna de las faltas que dan lugar á la desheredación? Sabido es que el artículo que estudiamos contiene un precepto general afirmativo en este sentido, pero sabido es también que en nuestra opinión no es tan absoluto como parece por hallarse en pugna con la naturaleza propia y peculiar de cada una de las diversas causas del art. 152. Atendiendo á esto mismo, y siguiendo el método adoptado por nosotros en el examen de las otras circunstancias del citado artículo, preguntamos, dado el carácter de esta causa: al ejecutar el alimentista alguno de los actos que motivan la desheredación, ¿perderá el derecho de los alimentos? Es cierto que el Código, que concede un derecho al alimentista en el caso de los alimentos legales, no puede permitir que éste continúe en el ejercicio de ese mismo derecho cuando realice un hecho tan grave como los que producen la desheredación, y esta misma razón induce á considerarla aplicable al de los alimentos por pacto, puesto que en ambos casos es indéntico el objeto de la pena impuesta por la ley, á saber: el castigar las ofensas y la ingratitud del alimentista. Para resolver con mejor acierto la cuestión, aún distinguiríamos nosotros entre la clase de contrato del que se derivasen los alimentos. Si éste era de los que el Código llama de pura beneficencia, ó sea de aquellos cuya causa fuera la mera liberalidad del alimentante, había que considerar extinguida la obligación de alimentos, á más de los fundamentos expuestos, porque en realidad contituiría una verdadera donación,

y éstas son revocables, según el art. 648, por causa de ingratitud. Pero si por el contrario, el contrato reconocía como causa ya que no una onerosa, por lo menos la remuneración de un servicio ó beneficio, como quiera que en este caso se trata de una convención particular, recíproca y bilateral, precisaría estimarla válida y subsistente del mismo modo que cualquier otro contrato que pudiera existir entre el alimentista y el alimentante, pues no hay razón alguna para exceptuar al de alimentos.

¿Podrá pactarse que la obligación de alimentos haya de continuar aunque el alimentista incurra en la causa 4.ª del art. 152? Creemos que no, porque constituiría un pacto ofensivo á la moral y buenas costumbres, prohibido por los artículos 1.116 y 1.255.

Por el contrario, sería válida en absoluto la cláusula en que se dijese que se extinguiría el derecho de exigir los alimentos cuando el que hubiese de percibirlos cometiera alguna ó varias de las causas de que venimos haciendo mención.

En cuanto á la causa última (5.ª del art. 152), los contratantes ¿podrán acordar lo contrario á ella? Es dable asegurar que no tendrá lugar este caso; pero en el supuesto de que se presentasen, tal acuerdo merecería con sobrado fundamento el de inmoral y opuesto á las buenas costumbres, ya que en él se estimulaba el vicio y la ociosidad. En cuanto al de que los contratantes hubieran guardado silencio sobre el particular, entendemos que la causa no regiría, dado que se refiere á los alimentos por ley, que siendo un gravamen para el obligado á darlos, quiere aquélla librarle de él cuando no está impuesto por la necesidad, sino por la conducta del alimentista, no cuando los alimentos constituyen una obligación impuesta voluntariamente. Además, como ya hemos dicho en otro lugar de este artículo, el Código habla de necesidad, y ésta casi siempre se extingue por virtud del pacto de alimentos, que tiende precisamente á que aquélla desaparezca.

Inútil es decir que, además de todo cuanto hemos manifestado sobre los alimentos por pacto, habrá que tener en cuenta lo dispuesto por el Código sobre los requisitos esenciales para la validez de todo contrato (*consentimiento, objeto y causa*) y lo marcado en el párrafo último del art. 1.280, respecto de que «deberá hacerse constar por escrito, aunque sea privado, los demás contratos en que la cuantía de las prestaciones de uno ó de los dos

contratantes exceda de 1.500 pesetas.» Sin embargo, si una persona, sin existir documento alguno, viniese cumpliendo la prestación de alimentos, es consiguiente que sus actos suplirían la existencia de aquél, y la repetición de los mismos representaría la de un verdadero y perfecto contrato.

¿Hay algunos casos, fuera de los comprendidos en el Código, en los que exista el derecho de alimentos? Sí: el de las viudas, hermanos é inmediato sucesor del poseedor del mayorazgo; el del heredero ó legatario cuando se haya promovido juicio de testamentaría, y el del quebrado y los de la persona depositada, consignados respectivamente en el art. 10 de la ley de 11 de Octubre de 1820, y el 1.100 y 1.916 á 1.918 de la ley de Enjuiciamiento civil, y el 1.314 al 1.317 inclusive de la misma.

Dice el citado art. 10 de la ley de 1820 que «todo lo dispuesto en la misma es sin perjuicio de los alimentos ó pensiones que los poseedores actuales deben pagar á sus madres, viudas, hermanos, sucesor inmediato ú otras personas, con arreglo á las fundaciones ó convenios particulares ó á determinaciones en justicia. Los bienes hasta ahora vinculados, aunque pasen como libres á otros dueños, quedan sujetos al pago de estos alimentos y pensiones mientras vivan los que en el día los perciben, ó mientras conserven el derecho de percibirlos, excepto si los alimentistas son sucesores inmediatos, en cuyo caso dejarán de disfrutar luego que mueran los poseedores actuales. Después cesarán las obligaciones que existan ahora de pagar tales pensiones y alimentos, pero se declara que si los poseedores actuales no invierten en los expresados alimentos y pensiones la sexta parte líquida de las rentas del mayorazgo, están obligados á contribuir con lo que quepa en ella para dotar á sus hermanas y auxiliar á sus hermanos con proporción á su número y necesidades, é igual obligación tendrán los sucesores inmediatos por lo respectivo á la mitad de bienes que se les reservan,» derecho que respecto de los inmediatos sucesores confirmó la ley de 19 de Agosto de 1841 y la sentencia de 12 de Abril de 1844, que declara que «los inmediatos sucesores á los mayorazgos tienen derecho á percibir alimentos, cualquiera que sea el motivo por que se deban en mayor ó menor cantidad, habida consideración á las circunstancias, aun después de publicada la ley de 27 de Septiembre de 1820.» El derecho, pues, subsiste, no se halla derogado, pero de seguro que

en la práctica no encontrará aplicación, teniendo en cuenta que todos los inmediatos sucesores en la fecha de la ley habrán entrado ya en posesión de la parte reservada á los mismos.

De los alimentos de la persona depositada (mujer casada que se proponga intentar ó haya intentado demanda de divorcio, querella de amancebamiento ó la acción de nulidad del matrimonio, ó contra la que su marido haya intentado lo mismo; mujer soltera que habiendo cumplido veintitrés años trate de casarse contra el consejo de sus padres ó parientes; hijos de familia, pupilos é incapacitados que sean maltratados por sus padres ó tutores, y los huérfanos que hubiesen quedado abandonados por la muerte, ausencia indefinida en país ignorado, ó imposibilidad moral ó física de la persona que los tuviera á su cargo; art. 1.880 de la ley de Enjuiciamiento civil), se ocupan el 1.897 y los artículos 1.916, 17 y 18 de la misma ley. El primero, en su párrafo 2.°, refiriéndose especialmente á los alimentos de la mujer casada, dice que las solicitudes concernientes á alimentos provisionales se sustanciarán de la manera prevenida en el título que lleva este mismo nombre (artículos 1.609 á 1.617; véase Apéndice 4.° de este mismo tomo). Los demás artículos citados disponen lo siguiente:

«Art. 1.916. Sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo 2.° del artículo 1.897, en el mismo auto en que el Juez decrete el depósito de una persona, le señalará para alimentos provisionales la cantidad que prudencialmente crea necesaria, atendido el capital que le pertenezca ó el que posea el que ha de darlos, cuyo pago se hará por mensualidades anticipadas.

Art. 1.917. Para la seguridad del pago de los alimentos acordará el Juez las providencias que estime convenientes, pudiendo llegar hasta el embargo de bienes.

Art. 1.918. En los casos 1.° y 2.° del art. 1.880, los alimentos se entregarán á la mujer depositada; en los restantes del mismo artículo, al depositario.»

En cuanto á los alimentos del concursado, rigen los artículos 1.314 á 1.317 inclusive (*sección 9.ª Alimentos del concursado. Título XII del libro segundo, Concurso de acreedores*), que determinan lo siguiente:

«Art. 1.314. Si el concursado reclamare alimentos, el Juez le señalará los que, atendidas las circunstancias, considere necesa-

rios; pero sólo en el caso de que, á su juicio, asciendan á más los bienes que las deudas.

El auto concediendo ó negando alimentos tendrá el carácter de interino y será inapelable.

Art. 1.315. Del señalamiento hecho interinamente por el Juez se dará cuenta en la primera junta de acreedores que se celebre, la cual podrá aprobar, modificar ó suprimir los alimentos, teniendo en consideración las necesidades y circunstancias del concursado; pero no dejará de concederlos cuando no aparezca claramente que los bienes no bastan á satisfacer las deudas.

Art. 1.316. El acuerdo de la junta concediendo ó negando alimentos podrá ser impugnado por el deudor ó por los acreedores que no hubieren concurrido á ella, y por los que hayan disentido y protestado en el acto del voto de la mayoría, si deducen su acción dentro de los ocho días siguientes al del acuerdo.

La impugnación se sustanciará por los trámites establecidos para los incidentes, debiendo litigar unidos y bajo una dirección los que sostengan la misma causa, y pudiéndose ampliar hasta treinta días el término de prueba si no bastase el que concede el artículo 753 (1).

Art. 1.317. Mientras esté pendiente el juicio de alimentos, el concursado los percibirá si el Juez ó la junta los hubiere concedido. No se les concederán si el Juez y la junta hubieren estado conformes en negarlos.

Cuando entre la cantidad fijada por el Juez y la de la junta hubiere diferencia, se estará por la que la última hubiere señalado.

---

(1) Art. 753. El término de prueba en los incidentes no podrá bajar de diez días ni exceder de veinte.

Este término será común para proponer y ejecutar la prueba, observándose en lo demás las disposiciones del juicio ordinario que á ella se refieren.

TÍTULO VII

De la patria potestad.

De la *patria potestas*, institución jurídica característica del derecho romano, se conserva sólo el nombre. Sus cualidades esenciales, sus requisitos peculiares han desaparecido, los unos en el transcurso del tiempo, borrados los otros por el legislador, por hallarse en pugna con las ideas dominantes en la sociedad y época en que vivieron.

Como dice, con gran exactitud, el sabio Laurent, hay un abismo entre la doctrina romana y la moderna. El poder paterno constaba establecido en interés del que lo ejercía: el hijo era un instrumento de trabajo; hoy, en cambio, el hijo tiene derecho á ser educado, derecho que impone al padre una obligación. Si las leyes—añade—conceden al padre autoridad sobre el hijo, reconoce por fundamento la necesidad de cumplir sus deberes.

Nuestro Código refleja esa transformación. Apartándose del citado derecho, confirma la patria potestad á favor de la madre, establecida por la ley de Matrimonio civil, y la reconoce por vez primera á los padres naturales y al adoptante. En una palabra, funda la patria potestad en los principios del derecho natural, en

oposición al que servía de base á la romana. Así, el concepto estrecho de la patria potestad romana, exclusiva de las justas nupcias, le vemos hoy ampliado á la familia natural y á la adoptiva.

El Código divide los efectos de la patria potestad en dos clases: una referente á las personas de los hijos y otra á los bienes de los mismos. En cuanto á los primeros, señala como principales el deber de los alimentos en su sentido amplio, el de la representación legal de los hijos y su corrección, punto este último consagrado por el derecho de otras naciones y admitido recientemente en el nuestro.

Respecto de los segundos, ó sea de los que atañen á la esfera económica de la familia, nótase grande analogía entre el Código y la ley de 1870. Admite aquél una doctrina semejante á la de ésta, salvo algunos preceptos que establece de nuevo, como los consignados en los artículos 165 y 166.

Obsérvanse también algunas diferencias en cuanto á los modos de acabar la patria potestad, especialmente al señalar como tal la adopción, consecuencia lógica del principio consignado en el párrafo 2.° del art. 154, y las segundas nupcias de la madre viuda, precepto del artículo 168. Es también una novedad que responde á fines de justicia y de equidad, el precepto de los artículos 170 y 171, afirmativo de la pérdida temporal de la patria potestad, y lo mismo el del 172, corolario del 168.

El Código desarrolla la materia del título en cuatro capítulos, que corresponden al nacimiento, vida y muerte de la institución. El primero determina las personas que disfrutan de la patria potestad, y lo forma un solo artículo, el 154. Se ocupa el segundo de los

efectos de la patria potestad en cuanto á las personas de los hijos; el tercero, de esos mismos efectos respecto á sus bienes, y el cuarto de las causas en virtud de las cuales cesa aquélla.

CAPÍTULO PRIMERO

DISPOSICIÓN GENERAL

Determina esta disposición las causas que originan la patria potestad (matrimonio, reconocimiento y adopción), y consiguientemente las personas que gozan de ella.

Las justas nupcias son la fuente primera de la patria potestad. El matrimonio concede á los padres el poder tuitivo sobre sus hijos, que recibe la expresada denominación. En este punto, el Código ha abandonado el curso trazado por el derecho romano, para seguir el cauce del moderno. Proclama el principio de la igualdad del derecho de los padres, al afirmar la patria potestad de la madre; pero no acepta el principio en cuanto á su ejercicio. La madre ejerce la patria potestad en defecto del padre. La facultad en el orden legal es, pues, defectiva, supletoria; pero no es de extrañar esta limitación del ejercicio del derecho de la madre, cuando el derecho ha sido desconocido hasta nuestros días.

Principio más radical que el de la patria potestad de la madre legítima, es el de su reconocimiento á favor de los padres naturales y del adoptante.

El padre ó la madre natural que reconoce á su hijo

demuestra por él un afecto no inferior al del legítimo. Diferencia á éste de aquél su condición legal; mas no puede servir de línea divisoria el cariño por los hijos, porque el cariño no es producto de la ley sino de la sangre. ¿Quién ha de dirigir mejor al menor sino su padre, sea legítimo ó natural? ¿Quién ha de cuidarle con más interés que aquel ó aquella de quien trae causa? Estas razones son inconcusas, y obedeciendo á ellas, el legislador español, de igual modo que el de otras naciones, afirmó la patria potestad en favor del padre natural.

La adopción es una imitación de la naturaleza, una ficción, permitida por la ley para conseguir la constitución de una familia. Por virtud de esta ficción, el adoptante se equipara al padre, y sentado esto, lógico es llevar la semejanza hasta sus naturales consecuencias, ó sea la concesión al adoptante de los derechos del padre, esto es, la patria potestad. El adoptante es el padre legal del adoptado, y si aquél le subroga en los deberes del padre natural, justo es otorgarle los derechos que permite la ficción.

Todo poder lleva aparejada la obediencia del que debe respetarle. El poder patrio impone consiguientemente á los hijos la obligación de obedecer á sus padres mientras estén sujetos á él, y respetarles siempre, porque si la fuerza de la ley concluye llegado determinado momento, la de la experiencia, la del cariño, permanecen siempre.

»Durante la menor edad—dice Real,—el poder patrio es un medio de dirección y defensa... llegada la mayor edad, es todo de consejo; entonces se limita en sus efectos á obtener de los hijos un vivo y eterno testimonio de agradecimiento y respeto.»

ART. 154. El padre, y en su defecto la madre, tienen potestad sobre sus hijos legítimos no emancipados; y los hijos tienen la obligación de obedecerles mientras permanezcan en su potestad, y de tributarles respeto y reverencia siempre.

Los hijos naturales reconocidos, y los adoptivos menores de edad, están bajo la potestad del padre ó de la madre que los reconoce ó adopta y tienen la misma obligación de que habla el párrafo anterior.

Concordancias.—Análogo á los artículos 143, 144 y pár. 1.° del 170 del proyecto de Código de 1851, é igual al 121 del de 1882.

PRECEDENTES LEGALES.—**Pár. 1.°**—*Fuero Juzgo, libro III, título I, ley* 8.ª—Si el padre es muerto, la madre puede casar los fijos é las fijas.—*Fuero id., libro IV, tít. III, ley* 3.ª—Si el padre fuere muerto, la madre debe aver los fiios de menor edad en su guarda, si ella quisiere e si non casare, assí que de las cosas de los fios faga un escripto.....

Fuero Real, libro III, tit. VII, ley 3.ª—Si el padre muriere, e fijos dél fincaren sin edad, la madre, no casando, tome a ellos, e a sus bienes si quisieren, e tengalos en su guarda fasta que sean de edad; e los bienes de los fijos rescibalos por escripto ante los parientes mas propinquos del muerto, y delante alguno de los Alcaldes: e si la madre se casare, no tenga más á los fijos, ni á sus bienes en guarda, y el Alcalde con los parientes mas propinquos del muerto, dén a ellos y a sus bienes a quien los tenga en guarda, asi como dice la ley de Suso: é si la madre muriere, é fincare el padre, tenga a los fijos, e a sus bienes, quier case, quier no, e guarde a ellos, y a sus bienes asi como manda la ley.

Part. 4.ª, *tit. XVII, ley* 1.ª—Patria potestas en latin, tanto uier dezir en romance, como el poder que han los padres sobre os fijos. E este poder es vn derecho atal, que han señaladamente os que biuen, e se judgan segund las leyes antiguas, e derechas, ue fizieron los Filosofos, e los Sabios, por mandado, e con otor

gamiento de los Emperadores: e hanlo sobre sus fijos, e sobre sus nietos, e sobre todos los otros de su linaje, que descienden dellos por la liña derecha, que son nascidos del casamiento derecho.

Part. 4.ª, *tit. idem, ley* 2.ª—...E como quier que el padre aya en poder sus fijos legitimos, o sus nietos, o visnietos que descienden de sus fijos, non se deue entender por esso, que los puede auer en poder la madre, ni ninguno de los otros parientes de parte de la madre. E otrosi dezimos, que los fijos que nascen de las fijas, que deuen ser en poder de sus padres, é non de sus abuelos que son de parte de su madre.

Ley de m. civil.—Art. 64. El padre, y en su defecto la madre, tienen potestad sobre sus hijos legítimos no emancipados.

Se reputará emancipado de derecho el hijo legítimo desde que hubiere entrado en la mayor edad.

Ley de m. civil.—Art. 70. Los hijos no emancipados tienen la obligación de obedecer á sus padres, y aunque estén emancipados, la de tributarles respeto y reverencia.

Pár. 2.º—*Part.* 4.ª, *tit. XVI, ley* 9.ª—Desuso en las leyes sobredichas mostramos la fuerça que ha el porfijamiento que es fecho por arrogacion, et agorà queremos mostrar otrosi la fuerça que ha el porfijamiento que es fecho por adopcion. E decimos que si alguno diesse á su fijo á porfijar á tal ome que non fuesse abuelo del moço, ó bisabuelo de parte de su padre nin de su madre, el que es porfijado desta manera *non pasa á poderio* de aquel quel le porfija.

Part. idem, tit. idem, ley 10.—...Emancipado es dicho todo home que es salido de poder de su padre á placer dél. E si por auentura tal home como este diesse á porfijar su fijo que ouiese en su poder, á su abuelo; quier fuese de parte de su padre quier de su madre de aquel á quien porfija, *cayria lleneramente este porfijado atal en poder de aquel quel porfijasse*, para auer todos los derechos que fijo natural deue auer en los bienes de su padre de quien fuesse engendrado, tambien para seer criado en ellos como para heredarlos...

Part. 4.ª, *tit. XVII, ley* 2.ª—Naturales son llamados los fijos que han los homes de las barraganas, segun dice en el titu que fabla dellos, et estos fijos atales non son en poder del p dre assi como lo son los legitimos. E otrosi non son en pod del padre los fijos que son llamados en latin incestuosi, q

quier tanto decir como aquellos que han los homes de sus parientas fasta el quarto grado, ó en sus cuñadas ó en las mugeres religiosas; ca estos atales no son dignos de ser llamados fijos, porque son engendrados en gran pecado...

COMENTARIO.—El Código, de acuerdo con la razón y la justicia, ha confirmado la doctrina de la ley del Matrimonio civil afirmativa de la patria potestad de la madre. Cierto es que el elemento propio y nacional de nuestro derecho antiguo parecía haber aceptado tal principio; pero no lo es menos también que las palabras de los Fueros Juzgo y Real no eran todo lo claras y terminantes que fuera de desear, y, sobre todo, contra su tendencia prevaleció la del elemento extraño á nuestro derecho, ó sea la del romano, consignado en las Partidas. Necesaria fué la declaración expresa del art. 64 de la ley citada de 1870 para que, rompiendo con la tradición, se reconociera á la madre el derecho sagrado de la patria potestad.

Esta misma ley, en su exposición de motivos, expresa el fundamento del precepto en términos tan concisos como elegantes, que nos creemos obligados á transcribir.

«Tiempo es ya—dícese en la indicada exposición—de borrar de nuestra legislación las huellas del derecho pagano de Roma, que vino á herir de muerte el Evangelio, elevando á la mujer al puesto que le corresponde en el seno de la familia. Sea ó no cierto que la legislación visigoda otorgase á la madre la potestad sobre sus hijos, es innegable que en aquel Código se aspira una más elevada doctrina sobre la mujer que la modelada en las leyes romanas, y que esa misma doctrina vaga en nuestra legislación foral con formas más ó menos concretas. Más que de innovación, por lo tanto, la disposición del proyecto bien merece el nombre de último desarrollo de la teoría que tiene por objeto la emancipación jurídica de la mujer y el reconocimiento de sus derechos en el seno de la familia: teoría cuyo germen fué arrojado al mundo con el Evangelio, desarrollándose después lentamente en nuestra legislación nacional con la institución de los gananciales y con los derechos otorgados á la madre sobre los hijos y sus bienes hasta llegar á su plenitud con lo que se dispone en el proyecto, que no rechazará nadie que conozca cuánta ternura, cuánta previsión, cuánta prudencia puede atesorarse en el cora-

zón de una madre, cuya vida se concentra en el bienestar y en el porvenir de sus hijos.»

Conveniente y oportuno creemos añadir ciertas consideraciones de carácter científico á lo manifestado en la exposición de motivos de la ley de Matrimonio civil. Exacto es que el derecho romano tenía de la patria potestad el concepto á que dicha exposición se refiere, y el que todos sabemos; pero no fué exclusivo de Roma, sino común á todos los pueblos antiguos en la época de su desenvolvimiento histórico correspondiente á la organización patriarcal. Así lo ha demostrado hoy la ciencia, y así lo declara uno de los más ilustres escritores en esta materia, Fustel de Coulanges, en su obra *La ciudad antigua*.

«La familia antigua—dice—es una asociación religiosa más que natural. Así, la mujer no era incluída en ella sino cuando la ceremonia sagrada del matrimonio la iniciaba en el culto; el hijo no lo era tampoco si renunciaba á éste ó se emancipaba; el adoptado, por el contrario, era un verdadero hijo, puesto que, si no tenía los lazos de la sangre, participaba de otra cosa mejor, como era la comunidad del culto; finalmente, el parentesco y el derecho á la herencia eran regulados, no por el nacimiento, sino por la participación en el culto. Una familia era no más que un grupo de personas á quien la religión permitía ofrecer la comida fúnebre á unos mismos antepasados.»

Consiguiente á esto era el lugar que cada individuo ocupaba en la familia, en razón directa á cuyo lugar se hallaba el poder de cada uno de los miembros de ella, absoluto é ilimitado respecto del jefe de aquélla. «El padre—prosigue el mismo autor—era el primero en el hogar, encendía el fuego sagrado y le mantenía; era, pues, el pontífice. En todos los actos religiosos desempeñaba tan alta función, degollaba la víctima, y su boca pronunciaba la fórmula de las preces que debía atraer sobre él y sobre los suyos la protección de los dioses. Por su medio se perpetuaba la familia y el culto, siendo el único representante de toda la serie de sus ascendientes y el tronco de toda la de sus descendientes.

A la mujer no la colocaba la religión en tan alta escala. Verdad es que tomaba parte en los actos religiosos, pero no como dueña del hogar. No representaba á los mayores porque no descendía de ellos, y no podía contarse en su número porque no recibía ningún culto especial.

El derecho griego, el romano y el indio están conformes en considerar siempre á la mujer como menor. Ni podía tener nunca un hogar para sí, ni ser jefe del culto. Su hogar propio carecía de todo lo que le daba autoridad en la casa; no mandaba jamás, ni era nunca libre, necesitando para todos los actos de la vida religiosa un jefe, y para los de la vida civil un tutor.

El Código de Manú dice: «La mujer en la infancia depende de su padre; en la juventud de su marido, y cuando muere su marido, de sus hijos; si no los tiene, de los parientes inmediatos de su marido, porque la mujer no debe gobernarse nunca por sí misma.» Las leyes griegas y romanas decían lo mismo: «Soltera, estaba sometida á su padre; muerto el padre, á sus hermanos; casada, siempre bajo la tutela del marido; muerto éste, no volvía á su antigua familia porque había renunciado á ella para siempre con el matrimonio sagrado, y viuda, quedaba sometida á la tutela de los agnados de su marido, es decir, á sus propios hijos, si los tenía, ó por su falta á los parientes más inmediatos.»

Concíbese, pues, que en los pueblos antiguos y en Roma, que fué el que conservó hasta tiempos más adelantados la organización patriarcal de los mismos, tanto que la *gens* romana no era otra cosa que la familia primitiva abrazando diversas ramas y formando toda ella una unidad político social, con el ascendiente común ó heredero primogénito, á su cabeza, como dice el señor Santamaría de Paredes, tuviese sólo el padre la *patria poteslad*, por ser lógico, natural y hasta necesario; no se concibe cuándo tal organización desapareció, cuándo el Cristianismo modificó, sino el derecho romano, el modo de pensar de los romanos sobre la mujer y la familia. Por eso lo que tenía explicación en la legislación de este pueblo, carecía de razón de ser en la nuestra; lo que era una consecuencia indeclinable del concepto de la familia en la Roma pagana, se ofrecía como un absurdo jurídico en la España cristiana, y por eso sólo merecería justas y amplias alabanzas la ley de Matrimonio civil que vino á reparar la ofensa que contra la mujer han cometido los legisladores de varios siglos, y á impedir que continuase la usurpación que de los augustos derechos de la madre han consentido esos mismos legisladores. En estas mismas ideas abunda el Sr. García Goyena cuando expresa con gran propiedad y exactitud que «haciendo gozar á la madre de los derechos concedidos al padre, el legislador establece un

derecho igual y una igual indemnización donde la naturaleza había establecido una igualdad de molestias, cuidados y afecciones; repara con esta equitativa disposición la injusticia de muchos siglos; hace en cierto modo entrar á la madre por primera vez en la familia, y la restablece en los derechos imprescriptibles que tenía por la naturaleza, derechos sagrados, despreciados con demasía por las legislaciones antiguas, reconocidos y acogidos por algunas de nuestras costumbres (fueros), pero que, aun borrados de nuestros Códigos, deberían haberse encontrado escritos con caracteres indelebles en el corazón de todos los hijos bien nacidos.»

El Código español, de acuerdo con la mayoría de los extranjeros, concede la preferencia al padre sobre la madre en el ejercicio de la patria potestad. La madre es, sin embargo, igual al padre en el ejercicio de algunos derechos y en el cumplimiento de ciertos deberes inherentes á la patria potestad. La alimentación de los hijos, el tenerles en su compañía, la corrección y castigo en el hogar doméstico, la percepción de los frutos, son comunes al padre y á la madre. La preferencia del padre se manifiesta en la representación legal de los hijos. Esto es lo que quiere decir la ley: que el padre asume por completo la personalidad jurídica de las leyes, íntegra, sin compartirla con la madre. Esta facultad es la que la madre puede solo ejercer en defecto del padre; es decir, por muerte, ausencia ó alguno de los casos comprendidos en los artículos 169, 170 y 171.

Diferénciase esencialmente en este punto la ley común nacional de la foral aragonesa, afirmativa de la igualdad de los padres en el poder que tienen sobre los hijos. Es de suma importancia, respecto del particular que nos ocupa la *resolución de la Dirección general de los Registros, de 4 de Febrero de* 1888, en la que se asienta el principio de la igualdad de los padres, proclamada por el Fuero Aragonés, en cuanto á la venta de bienes de menores. Por esta causa la transcribimos:

«Dado el texto literal del art. 2.015 de la ley de Enjuiciamiento civil, en su segundo párrafo, es indudable que, tratándose de la venta de bienes inmuebles de menores, están exceptuados de ejecutarla en pública subasta y previo avalúo, el padre siempre y la madre cuando tuviese patria potestad.»

Semejante distinción tiene natural cabida en *el derecho de Cas*

tilla, que *sólo otorga á la madre patria potestad en defecto del padre*, y aun viuda, la niega ese derecho si hubiere quedado en tal situación antes de la ley de Matrimonio civil; mas *no se concibe en Aragón, cuyos Fueros hacen de igual condición al marido y mujer en lo que al régimen y dirección de la familia concierne.*

Por esta razón, al aplicar el texto de la ley procesal en un territorio regido, en cuanto al orden civil, por leyes especiales, conviene no olvidar la índole de aquélla, que no puede alterar en lo más mínimo las instituciones jurídicas que está llamada á sancionar, de donde se infiere que, *regida la familia aragonesa por el principio de unidad, según el que igual consideración tiene ante el Fuero el padre que la madre, é idénticos derechos se les asigna*, sería quebrantar esa unidad, y contrariar el Fuero eximir al padre de ciertas formalidades en la venta de los bienes del hijo é imponerlas á la madre, mucho más si se tiene en cuenta que dicha exención no es otra cosa que una prueba de confianza.

Si por los fundamentos expuestos es fuerza otorgar á la madre en Aragón el privilegio que al padre concede el segundo párrafo del art. 2 015 de la ley de Enjuiciamiento civil, un detenido análisis del Fuero, en lo que á la patria potestad se refiere, conduce al mismo resultado.

La autoridad tuitiva, rectora y educadora de los padres, llámesela ó no patria potestad, es de derecho natural, y en tal concepto, de esencia en la constitución familiar, lo cual explica que la misma legislación aragonesa, que ha consignado en la observancia 2.ª, libro II, el precepto tantas veces repetido de *consuetudine Regni non habemus patria potestatem*, ha desarrollado una teoría completa de las relaciones entre padres é hijos, determinando las obligaciones de aquéllos con singular precisión y otorgándoles derechos tan importantes como el de autorizar el matrimonio de los hijos, el de la libre testamentifacción entre ellos, el de nombrarles tutor en el testamento, el de desheredar al que lo mereciere por su conducta, el de reclamarles alimentos si viniere á pobreza, y el de completar la capacidad del hijo menor de veinte años, dando su consentimiento á los contratos que otorgare.

Ese conjunto de derechos y deberes existente con arreglo al Fuero en el padre y en la madre durante la vida de ambos, y en el sobreviviente, y por ser todos ellos efectos naturales ó civiles de las relaciones jurídicas que la paternidad engendra, son para

de 1882 estableció que «la sentencia recurrida no infringe las leyes 2.ª, 3.ª y 8.ª del tít. XVI de la Part. 6.ª, pues si bien es cierto que según ellas los padres pueden nombrar guardadores á sus hijos legítimos no emancipados, esto se entiende en cuanto sea compatible con los derechos de patria potestad que el art. 64 de la ley de Matrimonio civil concede á la madre en defecto del padre, en cuya virtud es indudable que *habiendo premuerto el marido á la esposa, recayó en ésta, por ministerio de la ley y sin limitación alguna, la patria potestad sobre su hijo*, y con ella el derecho de nombrarle guardador en su testamento.

La firma estampada por la esposa en la cédula testamentaria de su consorte, nombrando tutor y curador á un hijo de ambos, y el acto de pedir el discernimiento del cargo, *no constituyen una renuncia formal de su derecho, ni aunque pudiera atribuírsele este carácter surtiría el efecto legal* que suponía el recurrente, porque la facultad de nombrar guardador, como dirigida al bien y utilidad del huérfano, no determina propiamente el ejercicio de un derecho, sino el cumplimiento de un deber que, como tal, *no puede renunciarse*, ni se halla comprendido en el principio general alegado por el recurrente, de que «los derechos todos son renunciables».

Por último, con referencia al art. 4.º del Código civil, ha consignado, en sentencia de 22 de Octubre de 1891 (inserta en el comentario del citado art. 4.º), que «la patria potestad entraña también una suma de deberes, entre los cuales no puede menos de figurar la administración de los bienes de los hijos, que por lo mismo *no puede renunciarse, como establecido principalmente en ventaja de los menores y para mantener el mejor orden de la familia*».

Esto es indiscutible. El poder paterno es de interés público, de carácter social, está sancionado por la ley en beneficio de los hijos, y es, por su propia esencia, irrenunciable.

Otra reparación ha llevado á efecto el Código en el segundo párrafo de este artículo, que la ley de 1870 no se atrevió á realizar: la concesión de la patria potestad á los padres de hijos naturales reconocidos. Comprendese su negación en Roma, donde la patria potestad sobre el hijo reconocía como único origen las justas nupcias, y tenía como principio el mismo que la marital, el culto doméstico; no es comprensible en las sociedades modernas, en las que la familia no reviste el carácter religioso de dicho

pueblo, y el poder paternal tiene por fundamento la ley natural, preceptiva de que el mero hecho de la paternidad debe llevar como inherente tal poder. Consecuente con el espíritu del derecho romano, era que el hijo nacido del concubinato no estuviese bajo la autoridad del padre, porque como expone Fustel de Coulanges, no mediando la comunidad religiosa entre ambos no existía razón que confiriese al uno la autoridad é impusiere al otro la obediencia; pero se faltaría á esa misma consecuencia si la legislación moderna de los pueblos cultos, que ha extendido los derechos de los hijos naturales y mejorado su condición, no hubiese modificado la antigua en este punto. Si la ley ha querido—expresa Vesin en su informe sobre el art. 383 del Código francés—que hijos desgraciados puedan buscar y encontrar un padre que los reconozca, ¿por qué rehusar á los padres el derecho de hacer respetar una autoridad fundada en gran parte en la naturaleza? El Código, teniendo en cuenta estas diversas consideraciones, ha puesto término honroso y justo al despojo que, á semejanza del cometido respecto de la madre legítima, nuestras leyes han venido autorizando con los padres naturales.

Una cuestión de interés é importancia vamos á estudiar, semejante á la que originó la aplicación del art. 64 de la ley de Matrimonio concediendo la patria potestad á la madre. Al publicarse esta ley, surgió la duda de si la disposición del artículo citado se refería sólo á las mujeres que quedasen viudas en lo sucesivo, ó comprendía también á las que ya lo eran al tiempo de la promulgación, y esta misma duda, aunque en punto distinto, aparece ahora, esto es, si los derechos que afectan á la patria potestad alcanzarán únicamente á los padres que reconozcan á sus hijos naturales después de comenzar á regir el Código, ó si se extenderán también á los que los hayan reconocido con anterioridad.

La primera cuestión se resolvió en sentido negativo por la sentencia de 19 de Junio de 1875, que afirmó que «si la ley de Matrimonio civil en sus artículos 64 y 65 ha declarado que el padre, y en su defecto la madre, tienen potestad sobre sus hijos legítimos no emancipados, y que tienen derecho de administrar y usufructuar los bienes que los hijos hubieran adquirido por cualquier título lucrativo ó por su trabajo ó industria, estas disposiciones se han establecido *para lo futuro* y *sin lastimar los legítimos derechos que habían adquirido* los huérfanos que ya lo eran en

aquella fecha, puesto que la ley no expresó que tuviera efecto antes de su publicación, y por lo tanto, *no es aplicable á los hechos consumados con anterioridad*, por lo que la sentencia que así lo declara no infringe los mencionados artículos ni la doctrina legal de que la capacidad del individuo está sujeta á las alteraciones de la ley.»

¿Reinará este mismo criterio en la solución de la segunda? La respuesta se hace un tanto difícil ante el silencio del Código, que en sus disposiciones transitorias, encaminadas á favorecer la resolución del antagonismo que pudiera presentarse entre el antiguo y el nuevo derecho en el período que pudiéramos llamar de aclimatación del último, no comprende una especial, relativa al punto que nos ocupa, como las que contiene referentes á contratos, testamentos, patria potestad de los hijos legítimos, tutela, curatela, etc. Hay sólo un precepto de carácter general que puede servir para estudiar y deshacer la duda, el cual hemos de utilizar con ese objeto.

Es éste el consignado en el párrafo segundo de la regla primera de las citadas disposiciones transitorias, que ordena que «si un derecho apareciese declarado por vez primera en el Código, tendría efecto desde luego, aunque el hecho que lo origine se verificara bajo la legislación anterior, siempre que no perjudique á otro derecho adquirido de igual origen.» Hagamos, por tanto, aplicación de este principio al caso concreto que estudiamos. El Código, en su art. 154, consigna por vez primera un derecho, como es la patria potestad sobre los hijos naturales reconocidos, derecho de que no gozaban con arreglo á la anterior. Un padre ha reconocido á su hijo natural con anterioridad á la publicación del Código. El hecho del reconocimiento, que es el que origina el derecho, ha tenido lugar cuando aún regía la legislación derogada; pero como á tenor de la regla primera, ya mencionada, esto no obsta para la adquisición del derecho, el padre gozará de él, puesto que se trata de uno nuevo como declarado que está por vez primera en el Código. Es, pues, indudable que bajo este aspecto tal duda no surge. Ésta asalta ante la posibilidad de que el hijo experimente algún perjucio en derechos adquiridos por él mismo á consecuencia del concedido al padre. Ahora bien: ¿cuándo puede el hijo sufrir estos perjucios? Unicamente en la esfera económica, es decir, en lo relativo á la administración y

disposición de los bienes del mismo. Así, como quiera que el artículo 166 establece á favor de los padres, aunque con determinada restricción la administración de los bienes de los hijos naturales reconocidos, claro es que si éstos disfrutaban de tal derecho, al ser privados de él por la patria potestad del padre, sufrirían un perjuicio en un derecho adquirido. Nuestra opinión, por tanto, sobre este punto es la siguiente: en lo relativo á las *personas* de los hijos naturales reconocidos, los efectos de la patria potestad regirán desde luego, tanto sobre los que lo hayan sido como sobre los que lo sean en lo futuro, por no afectar á ningún derecho del hijo. Éste, en el momento de la publicación del Código, tiene que hallarse en una de éstas dos situaciones: bajo la tutela ó curatela ó poder de una persona extraña ó bajo la curatela de su padre ó madre. En el primer caso, es indiscutible la preferencia del padre sobre el tutor, dada la distinta naturaleza y carácter de las facultades de uno y de otro, y además porque el cargo de tutor, más que un derecho, constituye una obligación, como lo indica la existencia de las excusas. Respecto á los *bienes* que los hijos poseyesen en la fecha de la publicación del Código (no tocante á los que adquieran con posterioridad), los efectos de la patria potestad han de acomodarse á la misma doctrina consignada en la sentencia de Junio del 75, tanto porque en el caso presente existe una razón análoga á la que motivó dicho fallo, como porque el hijo sufriría un perjuicio en derechos ya ciertos y positivos, asi también por el mismo espíritu del artículo 166, restrictivo en cuanto á los derechos de los padres. Esto, repetimos, concerniente á los bienes que fuesen propiedad de los hijos naturales al publicarse el Código, no de los que hagan suyos después, respectos de los que regirá el art. 166.

También ha determinado el Código una novedad al establecer la patria potestad á favor del adoptante. Y decimos novedad porque si bien la ley 10 del tít XVI de la Part. 4.ª consignaba que «el porfijado caia en poder del que lo porfijaba», se refería al caso de que el adoptado fuese nieto ó biznieto del que lo adoptase, y atendiendo, como añade la misma ley, á «la naturaleza et el linage que ha el porfijado con aquel quel porfijó», caso que excluye precisamente el Código al prohibir éste la adopción (caso 3.º del art. 174) á los que tengan descendientes legítimos ó legitimados. Es decir, que concede la patria potestad á quienes

antes la tenían, y por el contrario, priva de ella por completo á los que disfrutaban de la misma, en el hecho de haberles prohibido en absoluto la adopción.

La patria potestad que reconoce el Código á los adoptantes, ¿recaerá en favor de los que hubiesen adoptado antes de la publicación de aquél? Es la misma duda que hemos examinado respecto de los padres de hijos naturales reconocidos, la cual estudiaremos aplicando idéntico precepto legal; pero que precisa resolver en distinto sentido y distinguiendo el caso de que el adoptado sea nieto ó biznieto del adoptante, de el en que no lo sea. En el primero no hay cuestión, puesto que este, conforme á las palabras que hemos copiado de la ley 10 del tít. XVI de la Partida 4.ª, gozaba ya de la patria potestad, corroboradas por la misma ley, que termina diciendo «que si el abuelo ó el visabuelo sacase de su poder á este mozo sobredicho, *tórne e en poder de su padre.*» Esto es, que en tanto que esto no sucedía, el hijo ó nieto, permanecía bajo el poder del adoptante. En el segundo, se impone una respuesta negativa. Es cierto que, conforme al párrafo último de la regla primera de las disposiciones transitorias del Código, todo derecho establecido por primera vez en el mismo ha de tener lugar desde luego, aunque el hecho que lo origine se hubiera verificado bajo la legislación anterior; pero es siempre que no perjudique á otro derecho adquirido de igual origen, y esto es lo que sucede en el caso que examinamos. El Código, sí reconoce la patria potestad á favor del adoptante en todos los casos; pero en el que es objeto de nuestro estudio no hay que olvidar que el padre ó la madre conservaban la patria potestad por no haberla perdido en virtud de la adopción, disfrutando, por consiguiente, de un *derecho adquirido*. Claro es, por tanto, que de entender que el adoptante ha de entrar en el ejercicio de la patria potestad con arreglo á la doctrina del párrafo 2.º del artículo 154, los padres sufrirían un perjuicio en un derecho sancionado por la legislación anterior.

Ahora bien: el padre ó la madre que hubieran consentido la adopción de un hijo suyo antes de la publicación del Código, y que, en nuestra opinión, han de seguir gozando de la patria potestad, ¿podrán renunciar ésta, dada la concesión que de la misma ha establecido el Código en favor del adoptante? El párrafo 2.º del art. 4.º del Código permite la renuncia de los dere-

chos concedidos por las leyes, á no ser aquélla contra el interés, el orden público ó en perjuicio de tercero. ¿Se halla comprendida la de que nos ocupamos en alguna de estas excepciones? Desde luego precisa desechar la fundada en el deseo del legislador de evitar alteración en el orden público ó perjuicio á tercero, puesto que en ningún modo puede causar lo primero ni ocasionar lo segundo, en atención á que el acto de la renuncia sólo determina consecuencias jurídicas entre el padre, el hijo y el adoptante. De más fuerza es la excepción relativa al interés público, pues es indudable que los derechos emanados de la patria potestad tienen carácter público y social y son irrenunciables según queda consignado en párrafos anteriores; pero esto no obstante, creemos que será válida la renuncia, puesto que el Código arrebata las citadas cualidades á la patria potestad al permitir que la pierda el padre y obtenerla el adoptante, concesión que envuelve una *renuncia obligatoria* para los padres. Y esto mismo confirma el párrafo último del art. 177 al declarar que el adoptado conservará los derechos que le correspondan en su familia natural, á *excepción de los referentes á la patria potestad*. Si el Código, pues, acepta la renuncia de los derechos de la patria potestad con el carácter de *obligatoria*, no hay motivo alguno para que rechace la que puedan hacer *voluntariamente* los padres. No hay contradicción entre esta afirmación y la hecha antes de que la patria potestad es irrenunciable. Esta es la doctrina general, pero la ley establece una excepción en el caso de la adopción, puesto que permite que el padre natural pierda la patria potestad para entregársela al adoptante.

CAPÍTULO II

EFECTOS DE LA PATRIA POTESTAD RESPECTO Á LAS PERSONAS DE LOS HIJOS

De reducida extensión es la doctrina del capítulo, limitada á exponer los derechos y deberes de los padres en cuanto á las personas de los hijos. Aquí es donde se observa la transformación radical experimentada por la patria potestad. Los derechos de vida y muerte, de exposición en las causas, etc., han desaparecido para convertirse en deberes de los padres.

Como deber primero y primordial señala (art. 155) el de alimentos, deber inherente al mero hecho del nacimiento y los que son complemento del mismo, ó sean el de la educación é instrucción y el de tenerlos en su compañía, característico este último de la familia, que supone la vida común bajo un mismo techo.

Al lado de los deberes coloca el Código los derechos: corregir y castigar á los hijos, no con exceso y dureza, sino como requiere la misma condición de padre ó madre; esto es, moderadamente, con aquella *mesura et piedat* que aconsejaban las Partidas.

El legislador ha comprendido que los castigos particulares del padre ó madre, es decir, los propios de la esfera privada de la familia, no sean acaso suficientes para conseguir la corrección del hijo, y al efecto asienta el principio de intervención del Estado, repre-

sentado por la autoridad gubernativa ó la judicial, para auxiliar á la paterna en el cumplimiento de sus deberes. De esto se ocupan los artículos 156, 157 y 158, cuyo contenido examinamos en su respectivo comentario.

ART. 155. El padre, y en su defecto la madre, tienen, respecto de sus hijos no emancipados:

1.° El deber de alimentarlos, tenerlos en su compañía, educarlos é instruirlos con arreglo á su fortuna, y representarlos en el ejercicio de todas las acciones que puedan redundar en su provecho.

2.° La facultad de corregirlos y castigarlos moderadamente.

Concordancias.—Análogo al art. 146 del proyecto de 1851 y al 122 del de 1882.

PRECEDENTES LEGALES.

Caso 1.°—*Part.* 4.ª, *tit. XVII, ley* 11.—E otrosi el fijo non puede aduzir en juyzio á ningun ome sin mandado de su padre mientra que fuere en su poderio. Eso mismo seria, que ningund ome non podria otrosi traer á juyzio al fijo sin otorgamiento del padre. Ca assi como non valdria lo que fiziesse el fijo en juyzio demandando él á otro sin consentimiento del padre, bien assi non valdria lo que fiziesse si demandassen á el, si su padre non gelo otorgasse.

Part. idem, tit. idem, ley 2.ª (Véase art. 143, *Precedentes legales.*)

Ley de m. civil.—Art. 63. Los cónyuges están obligados á criar, educar, según su fortuna, y alimentar á sus hijos y demás descendientes, cuando éstos no tuvieren padres ú otros ascendientes en grado más próximo, ó éstos no pudieren cumplir las expresadas obligaciones.

Ley de m. civil.—Art. 65. En consecuencia de tal potestad, el padre, y en su defecto la madre, tendrán derecho:

Primero. A que sus hijos legítimos no emancipados vivan en su compañía, y á representarlos en juicio en todos los actos jurídicos que les sean provechosos.

Ley de Enjuiciamiento civil.—Art. 2.° Sólo podrán comparecer en juicio los que estén en el pleno ejercicio de sus derechos civiles.

Por los que no se hallen en este caso comparecerán sus representantes legítimos ó los que deban suplir su incapacidad con arreglo á derecho...

Caso 2.°—*Part.* 4.ª, *tit. XVIII, ley* 18.—Fallamos quatro razones porque pueden constreñir al padre que saque de su poder a su fijo... la primera es quando el padre castiga al fijo muy cruelmente, e sin aquella piedat quel deue hauer segunt natura; *ca el castigamiento deue ser con mesura e con piedat...*

Part. 7.ª, *tit. VIII, ley* 9.ª -*Castigar deue el padre á su fijo mesuradamente...* Mas porque y a algunos dellos crueles e tan desmesurados en fazer esto, que los fieren mal con piedra, ó con palo, ó con otra cosa dura, *defendemos que lo non fagan assi...*

Ley de m. civil.—Art. 65. En consecuencia de tal potestad, el padre, y en su defecto la madre, tendrán derecho (sobre sus hijos):

2.° A corregirlos y castigarlos moderadamente.

COMENTARIO.—Nótase en la doctrina de este artículo la misma diferencia que respecto de toda la referente á la patria potestad existe entre el derecho romano y el moderno de las diversas naciones, y por tanto de la nuestra. En aquél los efectos de la patria potestad con relación á las personas de los hijos aparecían condensados en los derechos del padre, derechos despóticos, casi bárbaros, aunque explicables por el concepto que los romanos tenían de la familia; en éste, tales efectos se ofrecen bajo un aspecto diametralmente opuesto, bajo la forma de deberes. Así lo revela el Código cuando en el caso primero del artículo que estudiamos declara que es un *deber* del padre y de la madre alimentar á los hijos, tenerlos en su compañía, educarlos é instruirlos, y en el segundo caso el derecho de vida y muerte sobre los mismos lo convierte en la facultad de corregirlos y castigarlos moderadamente.

Laurent expresa con notable precisión la causa de este contraste. «En Roma—dice—la familia descansaba sobre la idea del poder, pero un poder absoluto é ilimitado. La familia se concentraba en un jefe, que no era otro que el padre.» «Éste—dice Ulpiano—es el que tiene el dominio en su casa,» dominio que aniquilaba los derechos y la personalidad de todos los que le estaban sometidos. Es un carácter distintivo de la familia romana; el padre reasumía en sí la capacidad jurídica de toda la familia. De aquí que el hijo no tuviese ningún bien de su propiedad, pues todo lo que adquiría por su trabajo ó de otro modo, pasaba á ser propiedad del jefe de la familia. Los hijos no tienen tampoco más derecho sobre sus personas que sobre las cosas; permanecen bajo la patria potestad durante toda la vida del padre, aunque ejerzan funciones públicas y aunque tengan á su vez hijos. En el derecho antiguo el padre tenía sobre sus hijos los derechos que el propietario sobre la cosa; del mismo modo que éste podía usar y abusar y destruir todo lo que le pertenecía, el padre podía condenarle á muerte y venderle; tenía para ejercer su derecho de propiedad la acción de que goza el dueño: la reivindicación. Este derecho bárbaro se dulcificó, pero el principio del que se derivaba la barbarie subsistió: la idea del dominio, la ausencia de la personalidad. Los romanos desconocían la naturaleza humana en la esclavitud, la desconocían también en el hijo.»

Los alimentos de que habla el artículo son los que deben suministrarse al hijo durante su menor edad; pues los que pueda necesitar después se regirán en sus respectivos casos por lo dispuesto en la sección de alimentos entre parientes. El precepto comprende á los hijos legítimos, legitimados y adoptivos, porque el Código no establece distinción alguna entre unos y otros en el epígrafe del capítulo ni en el artículo, y, por el contrario, viene refiriéndose á todos en general. Además, el deber de alimentar á los hijos es consecuencia lógica de la patria potestad, y disfrutando de ésta el padre natural y el adoptante, les alcanza la obligación correlativa al derecho. ¿Habrá algún caso en que el padre ó la madre no tengan la obligación de prestar los alimentos? En nuestro sentir, el de el hijo que, con consentimiento de sus padres, viviere independiente de éstos y tuviera bienes respecto de los que, además de la propiedad, gozare del usufructo y de la administración, descansando tal opinión en el art. 160 cuando

dice que respecto de dichos bienes se reputará al hijo como emancipado.

Es obligación de los padres, impuesta por el Código, la de tener á los hijos en su compañía. La ley positiva en este punto no ha hecho sino aceptar lo que indicaba la ley natural. Deber sagrado de los padres, su falta de cumplimiento por éstos, indica tal grado de perversidad que merece severa sanción penal, y comprendiéndolo así el Código respectivo en los artículos 501 y 502, castiga como delito el abandono de niños.

Tratándose de hijos legítimos, no surgen graves dudas en la aplicación del precepto. Aquéllos estarán al cuidado de los dos padres mientras subsista el matrimonio, y en caso de divorcio ó nulidad de éste regirán los artículos 68, 70 y 73 del Código civil. ¿Y respecto de los naturales reconocidos? La cuestión es de difícil resolución, y expondremos nuestro criterio con la oportuna reserva.

El art. 155 del Código, al enumerar los derechos y deberes de los padres respecto de la persona de sus hijos, les atribuye y señala respectivamente el padre, y en su defecto la madre. Pero, si bien se mira, se ve que no hay siempre tal primacía ó preeminencia respecto de algunos de los efectos de la patria potestad. La obligación de alimentar á los hijos es de cargo de la sociedad de gananciales, según el núm. 5.º del art. 1.408. Los hijos han de estar en compañía de los dos padres, no en la de uno de éstos, porque los cónyuges, conforme al art. 55, están obligados á vivir juntos. De la facultad de corregir y castigar moderamente á los hijos no cabe duda que puede usar también la madre. Goza, sí, de preeminencia el padre en lo que afecta á la representación legal de los hijos, á la corrección establecida en el art. 156 y en la administración de los bienes, es decir, en lo que no atañe á la enseñanza de la familia.

Sentado esto, si el padre legítimo goza de preeminencia con relación á determinados efectos de la patria potestad, pues respecto de otros existe igualdad, de hecho al menos, entre los padres, no es dable que el padre natural sea preferido siempre respecto de la madre. El matrimonio constituye una entidad, y la ley concede la preferencia al marido. El padre y la madre natural son dos personalidades diversas con derechos exactamente iguales, sin que pueda prevalecer *por sí* el del uno sobre el otro. El pa-

dre goza de la patria potestad, y goza también la madre; pero no constituyen de consuno una nueva personalidad jurídica. Son dos poderes contrarios, contrapuestos. ¿Cuál ha de prevalecer? En nuestro entender, el derecho del que reconoció primeramente al hijo. Este es el que deberá tenerlo en su compañía. La patria potestad arranca del reconocimiento; luego el primero que reconoció al hijo es quien debe ser preferido. Tiene en su favor la presunción del mayor cariño, y además (la afirmación es atrevida, mas la consignamos) un derecho adquirido en el sentido de que es un derecho viviente, en ejercicio, y del que no puede ser desposeído porque no hay precepto legal ni razón que lo autorice.

Existe una sentencia anterior al Código civil que resolvió en cierto modo este punto. Es la de 26 de Abril de 1886, que dice así:

«La ley 3.ª, tít. XIX, Part. 4.ª, al determinar los casos en que el padre ó la madre pueden respectivamente *criar é auer en guarda á sus hijos*, se refiere, como sus mismas palabras lo demuestran, á los habidos en matrimonio, ya se hallen en la edad de la lactancia, ó ya después, si se parte el casamiento por alguna razón derecha.»

«Ni la letra ni el espíritu de esta ley pueden ser nunca aplicables á los hijos naturales, ora porque el padre no ejerce sobre ellos la patria potestad, según la terminante prescripción de la ley adicional, tít. XVII, de la misma Partida, ora porque ninguna disposición legal priva á la madre del cuidado y educación de los hijos de dicha clase, ora finalmente, porque sería contraria á la naturaleza despojarla del objeto predilecto de su cariño maternal, cuando no puede dar lugar por su culpa á la especie de castigo que la ley impone á la mujer casada que ha dado causa al divorcio.»

«Habiéndose casado el demandante (padre que con motivo de reconocer una hija pedía su entrega para alimentarla y educarla), y no con la madre de su hijo natural, ha interpuesto aún mayor obstáculo al ejercicio de la patria potestad que algún día pudiera adquirir por subsiguiente matrimonio.»

A primera vista ocurre pensar que la sentencia es contraria á nuestra doctrina porque funda ésta en la inexistencia de la patria potestad de los padres naturales, y al presente gozan de ella, pero sabemos ya que la concesión del citado derecho por el Código, no altera la esencia, la constitución de la familia natural y siguen

iguales antes y después del nuevo cuerpo legal. En la que nos permitimos llamar familia natural no existe la unidad que en la legítima, constitutiva de la sociedad conyugal, y con patria potestad ó sin ella, el padre y la madre naturales no tienen entre sí lazo alguno legal, causa de la preeminencia del marido sobre la mujer.

Es también deber de los padres, según el núm. 1.° del artículo que estudiamos, la representación de los hijos menores en juicio y fuera de él, salvo el caso de oposición de interés entre el padre ó la madre y los hijos, en el que rige el art. 165 del Código.

Respecto de este particular (representación legal de los hijos menores), es importante la sentencia de 21 de Septiembre de 1888, declarativa de que «siendo inherente á la patria potestad el deber de defender en juicio los bienes de los hijos, á cuyo deber corresponden los derechos que la ley 4.ª, tít. XVII, Partida 5.ª, otorga al padre en los peculios, aplica rectamente esta ley, y no infringe los artículos 18 y 20 de la de Enjuiciamiento civil, la sentencia que niega á la madre que es rica en el sentido legal, el beneficio de pobreza para litigar en nombre de sus hijos.»

Refiérese el caso segundo del artículo á la facultad de los padres de imponer á los hijos castigos privados ó domésticos, tanto de índole moral (corrección), como corporal (castigo). Unos y otros, especialmente los segundos han de ser moderados, pues el exceso lleva consigo sanción penal, como determinan el art. 602 del Código penal que impone la pena de arresto mayor al padre que causare lesiones al hijo que le impidan trabajar de uno á siete días, ó hagan necesaria por el mismo tiempo la asistencia facultativa, y el 437 que pena también las lesiones graves y menos graves causadas por hijos á padres y viceversa. En este punto es de interés la sentencia de 13 de Junio de 1887, que calificó de imprudencia temeraria la muerte de un hijo causada por su padre que queriendo corregirle sin intención dolosa le arrojó una vara para sacarle de debajo de la cama.

ART. 156. El padre, y en su caso la madre, podrán impetrar el auxilio de la Autoridad gubernativa, que deberá serles prestado, en apoyo de su propia autori-

dad, sobre sus hijos no emancipados, ya en el interior del hogar doméstico, ya para la detención y aun para la retención de los mismos en establecimientos de instrucción ó en institutos legalmente autorizados que los recibieren.

Asimismo podrán reclamar la intervención del Juez municipal para imponer á sus hijos hasta un mes de detención en el establecimiento correccional destinado al efecto, bastando la orden del padre ó madre, con el V.° B.° del Juez, para que la detención se realice.

Lo dispuesto en los dos párrafos anteriores comprende á los hijos legítimos, legitimados, naturales reconocidos ó adoptivos.

Concordancias.—Análogo á los artículos 147 y 123 de los proyectos de Código de 1851 y 1882.

PRECEDENTES LEGALES.—*Ninguno.*

ART. 157. Si el padre ó la madre hubiesen pasado á segundas nupcias, y el hijo fuere de los habidos en anterior matrimonio, tendrán que manifestar al Juez los motivos en que fundan su acuerdo de castigarle; y el Juez oirá, en comparecencia personal, al hijo y decretará ó denegará la detención sin ulterior recurso. Esto mismo se observará cuando el hijo no emancipado ejerza algún cargo ú oficio, aunque los padres no hayan contraído segundo matrimonio.

Concordancias.—Análogo al art. 148 del proyecto de Código de 1851 é igual al 124 del de 1882.

PRECEDENTES LEGALES.—*Ninguno.*

ART. 158. El padre, y en su caso la madre, satisfarán los alimentos del hijo detenido; pero no tendrán intervención alguna en el régimen del establecimiento donde se le detenga, pudiendo únicamente levantar la detención cuando lo estimen oportuno.

Concordancias.—Análogo al art. 149 del proyecto de Código de 1851 é igual al 125 del de 1882.

PRECEDENTES LEGALES.—*Ninguno.*

COMENTARIO DE LOS ARTÍCULOS 156, 157 Y 158.—Tomándolo de los Códigos extranjeros, establece el nuestro en los artículos citados un nuevo derecho á favor de los padres: el de poder recluir á los hijos en determinados establecimientos cuando la conducta de éstos lo hiciere necesario.

Conforme al art. 156, tienen este derecho el padre, y la madre en su caso, debiendo acudir para obtener su sanción á la autoridad gubernativa, ó sea al Gobernador civil de las capitales de provincia y á los Alcaldes en los pueblos, tanto en lo relativo á la conservación del respeto filial en el seno íntimo de la familia, como en lo concerniente á la retención de los hijos en establecimientos de instrucción, cuando las transgresiones en la observancia de los deberes filiales revistiesen cierta gravedad, motivada principalmente, en nuestro sentir, por la reincidencia en la falta de cumplimiento de los mismos.

El Código, al hablar de retención, no señala tiempo determinado, pudiendo y debiendo deducirse de esto que durará tanto como la facultad de los padres, ó sea hasta la emancipación de los hijos.

En las anteriores ediciones exponíamos la duda de cuáles serían los establecimientos á que se refiere el artículo.

La duda ha sido resuelta por la Real orden de 12 de Marzo de 1891, que dice así:

«Ilmo. Sr.: Visto el expediente instruído en este Ministerio á instancia del Presidente de la Audiencia de Madrid con motivo de la diversidad de criterio observada por los Jueces munici-

pales de esta Corte para la aplicación del art. 156 del Código civil vigente:

»Resultando que los precitados Jueces municipales, al cumplir el precepto legal antes mencionado, unos han venido autorizando con su V.° B.° las órdenes del padre ó de la madre que han impuesto á sus hijos la corrección para que están autorizados por la ley, mientras otros se han negado á hacerlo por no existir establecimiento destinado al efecto donde la corrección pueda hacerse efectiva:

»Considerando que aunque no existan todavía establecimientos ó institutos correccionales destinados expresamente al objeto, se encuentran en todo su vigor los derechos que en el artículo 156 del Código civil se conceden al padre ó la madre, cuya autoridad es necesario sostener, sin que puedan tampoco suspenderse bajo ningún motivo, siendo como son tales derechos, según el epígrafe del capítulo donde el artículo se halla contenido, uno de los efectos de la patria potestad respecto á las personas de los hijos:

»Considerando que de cumplirse la corrección de que se trata en establecimientos de índole distinta de aquel en que el legislador ha querido que se cumpla, podría obtenerse un resultado contraproducente al objeto y fin de la corrección, por lo peligroso que podría ser para el corregido el contacto mayor ó menor en las cárceles y establecimientos penales, ya con delincuentes sometidos á proceso, ya con rematados que cumplan su condena:

»Considerando, por lo tanto, que es preciso arbitrar un medio que evite semejantes peligros á jóvenes en quienes por no mostrarse aún una naturaleza perversa, los pequeños vicios y extravíos pueden fácilmente modificarse y desaparecer con la educación, la enseñanza y la corrección prudente y hábilmente combinadas:

»Considerando que en este importante asunto nadie puede estar más interesado que los padres, que son los que mejor conocen el carácter, defectos é inclinaciones de sus hijos, á quienes el sentimiento y el amor mismo de la paternidad obligan con el mayor afán y solicitud á procurar los medios necesarios y que l legislador ha puesto en sus manos para corregir el estado noral del hijo haciendo de él un ciudadano digno y útil á la sociedad:

»Considerando que el Gobierno debe limitarse á facilitar el cumplimiento de los deseos y aspiraciones de los padres, proporcionando los medios que puedan serles menos repulsivos entre los de que puede disponer al presente, en cuanto se refiere al lugar donde ha de sufrirse la corrección;

»S. M. la Reina (Q. D. G.), Regente del Reino, en nombre de su Augusto hijo, de acuerdo con lo informado por la Sección de Estado y Gracia y Justicia del Consejo de Estado, y con el parecer del Consejo de Ministros, ha tenido á bien disponer lo siguiente:

»1.° La corrección que con arreglo al art, 156 del Código civil impongan los padres á los hijos legítimos, legitimados, naturales reconocidos y adoptados, la cumplirán éstos mientras no exista establecimiento destinado al efecto, en alguno de Beneficencia que sea adecuado al objeto, como Hospicio, Casa de Misericordia ú otro semejante en las poblaciones en donde los haya, y en el local en que se cumplan las correcciones impuestas á los acogidos ó asilados.

»2.° En los pueblos en donde no exista establecimiento de Beneficencia, se destinará un local á propósito para el cumplimiento de estas correcciones, siempre que sea posible, en las Casas Consistoriales de los Ayuntamientos.

»3.° Solo en el caso en que no hubiere edificio donde colocar al menor de cuya corrección se trate, en la forma y manera que se determina en los dos párrafos anteriores, ó cuando expresamente el padre ó madre pidiere que la detención tenga lugar en la cárcel ó establecimiento correccional donde se encierren jóvenes criminales, se detendrá en él al hijo díscolo, teniéndolo con la separación posible, y sin que sea filiado en el libro de detenidos ni en ningún otro especial.

»4.° Los hijos á quienes se aplique la corrección serán mantenidos, en el caso de pobreza de los padres, por los establecimientos de Beneficencia, ó por los Ayuntamientos en sus respectivos casos.

»De Real orden lo digo á V. I. para su conocimiento, el de los Jueces municipales de ese territorio y efectos consiguientes. Dios guarde á V. I. muchos años. Madrid, 12 de Marzo de 1891 (*Gaceta de* 26 *de Marzo idem.*)

No se limita el Código á conceder á los padres la facultad de retener á sus hijos emancipados en establecimientos de instru-

ción, sino que la extiende también para reducirlos en los correccionales destinados al efecto. Estos, como acabamos de decir, no existen aún en nuestra patria, y por tanto, precisará entender que tales establecimientos son los correccionales en general.

La retención, dispone el pár. 2.º del art. 156, ha de hacerse en virtud de orden del padre ó la madre, con el V.º B.º del Juez municipal. Esta intervención, meramente formal y externa del Juez, no nos parece acertada, puesto que creemos que, á semejanza de lo dispuesto en el Código francés, aquél debía dictar la orden *fundada* de detención en vista de la petición de los padres.

Teniendo en cuenta la ley el hecho frecuente, por desgracia, de la falta de cariño de los padres respecto de los hijos habidos de anterior matrimonio cuando contraen segundas ó posteriores nupcias, determina en el art. 157 que si en tal caso se tratase de imponer á los mencionados hijos un castigo, los padres manifestarán al Juez los motivos en que funden su acuerdo de castigarle, el cual oirá también al hijo en comparecencia personal, decretando ó denegando la detención sin ulterior recurso. Esto mismo tendrá lugar cuando el hijo ejerza algún cargo ú oficio, aunque los padres no hayan contraído nuevo matrimonio. Conviene advertir que el artículo tendrá limitada aplicación en el caso de la madre, porque ésta pierde la patria potestad, conforme al art. 168, por contraer segundas nupcias.

El artículo, al hablar de castigo, no distingue entre los dos establecidos en cada uno de los párrafos del 156, de donde se deduce que su disposición alcanza á uno y otro. El mismo artículo emplea la palabra cargo ú oficio; pero es indudable que su precepto ha de recaer también en el caso de que el hijo ejerza una profesión ó un arte ó industria, ya que no hay motivo para hacer exclusión alguna.

La doctrina del art. 158 no requiere explicación alguna. En las ediciones anteriores consignábamos una omisión del Código, subsanada en la actualidad. Decíamos que, imponiendo á los padres la obligación de satisfacer los alimentos del hijo detenido, convertía la facultad establecida en el art. 156 en un privilegio á favor de las familias de cierta fortuna y posición social. A este efecto expresábamos que el Código francés contenía uno igual, corregido por el decreto de 20 de Febrero de 1822, que estableció que no tendrían los padres obligación de alimentar á sus hijos

detenidos cuando justificasen su pobreza, y añadiamos que este mismo criterio es el que desearíamos ver aplicado en España, y el que de seguro prevalecería en la práctica en interés de la moral, pues las familias de escasos medios de fortuna serían, sin duda, las que por la falta de educación é instrucción de sus hijos habían de tener que usar en más ocasiones del nuevo derecho introducido por el Código. La omisión ha sido salvada por la Real orden de 12 de Marzo de 1891, antes transcrita, cuya regla 4.ª dispone que en caso de pobreza de los padres, los hijos serán mantenidos por los Establecimientos de Beneficencia ó por los Ayuntamientos en sus casos respectivos.

También diremos sobre este mismo art. 158 que deja á la completa libertad de los padres levantar la detención del hijo, tanto en el caso en que se hallase recluído en un establecimiento de instrucción, como en uno correccional, pues no establece distinción alguna entre uno y otro caso. Tampoco exige el V.º B.º del Juez municipal, como para acordar la retención; bastará, por tanto, la mera voluntad de los padres, manifestada por éstos. (Apéndice núm. 5.—*Asilo de corrección paternal y escuela de reforma.*)

CAPÍTULO III

DE LOS EFECTOS DE LA PATRIA POTESTAD RESPECTO Á LOS BIENES DE LOS HIJOS

Tiene por objeto este capítulo determinar las relaciones jurídicas que nacen entre los padres y los hijos por virtud de los bienes que á éstos pertenecen; su contenido constituye, por tanto, el derecho económico que pudiéramos decir de la patria potestad.

Comienza el capítulo sentando un principio general (art. 159) que corresponde y se halla en razón directa con toda la teoría de la patria potestad. Si el padre ó la madre es el jefe de la familia, el que ocupa el primer lugar en ella, si uno y otro son los representantes de las personas de sus hijos, natural es que ostenten esta misma representación en cuanto á los bienes de éstos, y que por el mero hecho de ser padres reciban por ministerio de la ley el cargo de velar y cuidar por los intereses de aquéllos.

No todos los bienes que los hijos pueden poseer reconocen un mismo origen y procedencia, ni suponen idéntico título de adquisición. Este cabe que sea distinto en un caso que en otro, y de aquí también la diversidad de derechos que sobre dichos bienes concede la ley á los padres. La determinación de esos derechos es el fin de los artículos 160, 161 y 162, cuya doctrina

es muy semejante á la de la ley de Matrimonio civil.

Lo mismo sucede con la del 163. Las obligaciones que señala á los padres son las que ya establecía el 69 de la ley citada, y unas y otras van encaminadas á garantizar el derecho de los hijos.

Igual aspiración tienen el art. 164 y el 165, al regular el primero la forma en que han de enajenarse ó gravarse los bienes inmuebles en que corresponda al hijo el usufructo ó la administración; y ordenar el segundo el nombramiento de defensor al hijo en el caso de que en un asunto exista oposición de intereses entre los padres y los hijos, preceptos adjetivos, pero que el legislador ha creído conveniente sin duda incluir en el Código para no dejarlos expuestos á las alteraciones que experimentan las leyes procesales.

El último artículo del capítulo, el 166, se refiere á los hijos naturales y adoptivos. Es una excepción de los principios sentados respecto de los hijos legítimos, explicable únicamente, de un lado, por el recelo con que se mira la familia ilegítima, y de otro por el deseo del legislador de que al reconocimiento y á la adopción no presidan razones de interés y conveniencia, sino de caridad ó de cariño.

ART. 159. El padre, ó en su defecto la madre, son los administradores legales de los bienes de los hijos que están bajo su potestad.

Concordancias.—Análogo al art. 150 del proyecto de Código de 1851 é igual al 127 del de 1882.

PRECEDENTES LEGALES.—*Ninguno.*

COMENTARIO.—El artículo no tiene precedente legal directo, pero su doctrina era la admitida en la práctica y la sancionada por la jurisprudencia, como lo comprueba la sentencia de 30 de Diciembre de 1864, afirmativa de que «según la ley 24, tít. XIII, Partida 5.ª, *los padres*, aunque *administradores de los bienes de sus hijos, que se hallan bajo la patria potestad*, si bien pueden aprovecharse de los frutos de aquéllos, no están autorizados para enajenarlos, sin las restricciones y efectos que dicha ley marca.»

Formula, pues, el artículo un precepto de carácter general: la regla fundamental sobre la administración de los bienes de los hijos. Las demás que acerca de este particular se establezcan en otros artículos, como sucede con el 160 (bienes que el hijo adquiera viviendo fuera del domicilio de sus padres con licencia de éstos) ó el 162 (bienes donados ó legados al hijo para su educación ó instrucción con prohibición expresa de que el padre los administre), son más excepciones á la misma.

Conviene observar que el artículo exige que los hijos estén bajo la patria potestad del padre ó de la madre, de donde se deduce que cuando hayan perdido la patria potestad, ó su ejercicio se halle en suspenso, como en los casos de los artículos 168 á 171, no gozarán de la administración.

ART. 160. Los bienes que el hijo no emancipado haya adquirido ó adquiera con su trabajo ó industria, ó por cualquier título lucrativo, pertenecen al hijo en propiedad, y en usufructo al padre ó á la madre que le tengan en su potestad y compañía; pero si el hijo, con consentimiento de sus padres, viviere independiente de éstos, se le reputará para todos los efectos relativos á dichos bienes como emancipado, y tendrá en ellos el dominio, el usufructo y la administración.

Concordancias.—Análogo á los artículos 152 y 155 del proyecto de Código de 1851 é igual al 128 del de 1882.

ART. 161. Pertenece á los padres en propiedad y usufructo lo que el hijo adquiera con caudal de los mismos. Pero si los padres le cediesen expresamente el todo ó parte de las ganancias que obtenga, no le serán éstas imputables en la herencia.

Concordancias.—Análogo al art. 151 del proyecto de Código de 1851.

ART. 162. Corresponderán en propiedad y en usufructo al hijo no emancipado los bienes ó rentas donados ó legados para los gastos de su educación é instrucción; pero tendrán su administración el padre ó la madre, si en la donación ó en el legado no se hubiere dispuesto otra cosa, en cuyo caso se cumplirá estrictamente la voluntad de los donantes.

Concordancias.—Análogo al pár. 1.º del art. 154 del proyecto de Código de 1851 y al art. 129 del de 1882.

PRECEDENTES LEGALES DE LOS ARTÍCULOS 160, 161 y 162.—*Fuero Juzgo, lib. IV, tit. V, ley* 5.ª—El fiio que gana alguna cosa, viviendo el padre ó la madre, del Rey ó de su Sennor, é lo quisier dar ó vender, puédelo bien facer, assi como es de suso dicho en otra nuestra ley: ni el padre ni la madre non pueden ende nada demandar en la vida del fiio. E si alguna cosa ganar el fiio en hueste ó por su trabajo, si vive con el padre de so uno, la tercia parte debe haber el padre, é las dos partes debe haber el fiio por su trabajo.

Fuero Real, lib. III, tit. IV, ley 7.ª—Si el fijo que está con su padre é con su madre, ante que case ganare alguna cosa por su trabajo, ó que le de el Rey, ó su Señor ó otro home cualquier, no sea tenudo de dar parte á sus hermanos, despues de muerte de su padre ó de su madre, maguer gelo demande aparte: fueras si lo ganó con el haber del padre ó de la madre, seyendo con el padre ó con la madre; é gobernándose del aver del padre ó de la madre; e maguer se gobierne de lo del padre ó de la madre: si con

el aver del padre ó de la madre no lo ganare no sea tenudo de lo dar á partir: ca madre ó padre siempre es tenudo de gobernar sus fijos: mas si con el aver del padre é de la madre ganare algo estando en poder de amos ó de algunos, el padre ó la madre lo debe aver todo; y despues de su muerte, del padre ó de la madre hayan la parte los hermanos.

Partida 4.ª, *tit. XVII, ley* 5.ª—En tres guisas se departen las ganancias que facen los fijos, mientra estan en poder de sus padres. La primera es, de aquello que ganan los fijos con los bienes de los padres: e tal ganancia como esta llaman en latin *Profectitium peculium*. Ca quanto quier que ganan desta manera, o por razon de sus padres, todo es de los padres que los tienen en su poder. La segunda es, lo quel fijo de alguno ganasse por obra de sus manos, por algund menester, o por otra sabiduria que ouisse, o por otra guisa; o por alguna donacion que le diesse alguno en su testamento, o por erencia de su madre, o de alguno de los parientes della, o de otra manera; o si fallasse tesoro, o alguna otra cosa por auentura. Ca de las ganancias que fiziesse el fijo, por cualquier destas maneras, que non saliessen de los bienes del padre, nin de su abuelo, deue ser la propiedad del fijo, que las ganó, é el vsufruto, del padre en su vida, por razon del poderio que ha sobre el fijo. E esta ganancia llaman en latin *Aduentitia*, porque viene de fuera, e non por los bienes del padre. Pero el padre dezimos, que deue defender, e guardar estos bienes aduenticios de su fijo, en toda su vida tambien en juyzio, como fuera de juyzio. La tercera manera de bienes, e de ganancia, es la que dizen en latin *Castrense, vel quasi castrense peculium*, assi como se muestra adelante.

Part. idem, tit. idem, ley 6.ª—Castra es una palabra de latin, que se entiende en tres maneras. La primera, e la mas comunal es, todo Castillo, e todo logar, que es cercado de muros, o de otra fortaleza. La segunda es, hueste, o aluergada, do se ayuntan muchas gentes, que es fortaleza, e por ende es llamada en latin Castra. La tercera es Corte del Rey, o de otro Principe, do se allegan muchas gentes, como a Señor, que es fortaleza, e amparamiento de justicia. E por esta razon, las ganancias que los omes facen en algunos destos logares, tomaron nomes desta palabra, que dice en latin, Castra. E por esso son llamados *Castrense, vel quasi castrense peculium*. E aun porque tales ganancias

como estas fazen los omes con grand trabajo, e con grand peligro, e porque las facen en tan nobles logares, por ende son quitamente de los que las ganaron, e son mas franqueadas que las otras ganancias. Ca los dueños dellas pueden fazer destos bienes atales, lo que quisieren; e non han derecho en ellas, nin gelas pueden embargar, padre nin hermano, nin otro pariente que ayan.

Part. idem, tit. idem, ley 7.ª—*Castrense peculium* llaman en latin a las ganancias que los omes fazen en algunos de los tres logares que diximos en la ley ante desta; assi como las soldadas que dan los Señores á los vasallos, quier sean Caualleros, o otros qualesquier que los siruan de cauallo, e con armas. Otras ganancias y ha, a que llaman en latin *Quasi castrense;* que quier tanto dezir en romance, como ganancias que son semejantes destas otras, e son assi como lo que dan a los Maestros, de qual sciencia quier que sean, de la Camara del Rey, o de otro logar público en razon de soldada, o de salario. E otrosi lo que dan ende a los Juezes, e a los Escriuanos del Rey, por razon de su oficio; e lo que dan a otros qualesquier desta manera. Esso mesmo dezimos que es quasi castrense todo donadio de heredad, o de otra cosa cualquier, que da el Rey o otro Señor cualquier, destos sobredichos. Ca tales ganancias como estas son quitamente de aquellos que las fizieron, assi como de suso diximos.

Part. 5.ª, *tit. IV, ley* 3.ª—Fijo o nieto que estouiesse en poder de su padre, o de su madre o de su abuelo non puede fazer donacion, a menos de otorgamiento de aquel en cuyo poder esta. Fueras ende, si fuese Cauallero, que ouiesse fecho ganancias de su Caualleria, o otro cualquier que ouiesse ganado algo en algunas de las maneras que son llamadas en latin *castrense, vel quasi castrense peculium:* ca de lo que ouiesse ganado assi, bien podria facer donacion, sin otorgamiento de aquel en cuyo poder estouiesse. Pero si el fijo, o el nieto, touiesse algun pegujar apartadamente, que le ouiesse dado el padre, o el abuelo, con que ganasse; maguer este pegujar atal fuesse de los bienes del padre, o del abuelo, bien podrian dar dello el que lo touiesse alguna cosa a su madre, o a su hermana, o a su sobrina, o alguno de los otros sus parientes, o parientas, para casamiento, o para otra cosa, que el entendiesse que le era grand menester, que le fuesse guisada, e conuenible, e derecha. E esso mismo dezimos que seria, si le diesse en salario a

algund su Maestro, que le mostrasse sciencia, o alguna arte, o menester; mas en otra manera non lo podria fazer. Mas si el padre diesse algo de lo suyo a alguno de los fijos, non valdria. Ca el fijo a quien lo diesse, si ouiesse otros hermanos, tenudo seria despues de muerte de su padre, de aducirla, e meterla a particion con ellos, ó de rescebirla en su parte, entregándose cada vno de los otros hermanos, de otro tanto como valiesse la donacion que le dio el padre. Fueras ende, si el padre fiziesse Cauallero a su fijo, é le diesse cauallo, e armas, o le fiziesse aprender alguna sciencia, o le diesse libros en que la aprendiesse. Ca el donadio que fuesse fecho en alguna de las maneras sobredichas, valdria; e non seria tenudo de aduzirlo a particion entre los otros hermanos.

Part. 6.ª, *tit. XV, ley* 3.ª—Todas las cosas que el fijo ganare en mercaderia con el hauer de su padre seyendo en su poder todas las deue aduzir á particion con los otros bienes que fueron de su padre, et partirlas con los otros hermanos...

Part. idem, tit. idem, ley 4.ª—En su vida faciendo donacion el padre a su fijo que estuuiesse en su poder, si despues non la reuocare fasta su muerte, este fijo aura la donacion que desta guisa le fuere fecha libre e quita; e non gela pueden contar en su parte los otros hermanos en la particion, fueras ende si el padre ouiesse dado en casamiento a los otros hermanos alguna cosa segund dize en la ley ante desta...

Part. idem, tit. idem, ley 5.ª—Non es tenudo el hermano de adocir á particion con sus hermanos las ganancias que ficiere por si, que son llamadas *castr ense, vel quasi castrense peculium*, nin las que son llamadas aduentitias, segund dize en el titulo que fabla del poder que han los padres sobre los fijos. Ca, las ganancias que ficieren en alguna destas maneras sobredichas, quier sean en poder de su padre, ó non, suyas se deuen ser libres e quitas de aquel que las ficiere; e los hermanos non han derecho ninguno en ellas. E otrosi dezimos que los libros e las despensas que el padre diesse a alguno de sus fijos para aprender alguna sciencia en escuelas non gelas pueden contar los otros hermanos en su parte en la particion. Esso mismo dezimos que las despensas que el padre fiziere faziendo armar Cauallero a alguno de sus fijos, dandole armas, e cauallo, e las otras cosas que fueren menester por razon de caualleria, quel non le deuen ser contadas en su parte. E esto es porque los caualleros quando toman armas, e los otros

que aprenden las sciencias, non fazen esto tan solamente por pro de si mesmos, mas aun por pro comunal de la gente e de la tierra en que viuen.

Nov. Recop, *lib. X, tit. V, ley* 3.ª (*Leyes* 47 *y* 48 *de Toro.*)—El hijo o hija casado y velado sea habido por emancipado en todas las cosas para siempre: y haya para sí el usufructo de todos sus bienes adventicios, puesto que sea vivo su padre, el qual sea obligado á se lo restituir, sin le quedar parte alguna del usufructo dellos.

Ley de m. civil.—Art. 65. En consecuencia de tal potestad, el padre, y en su defecto la madre, tendrán derecho.

3.° A hacer suyos los bienes que adquieran con el caudal que hubieren aquéllos puesto á su disposición para cualquier industria, comercio ó lucro.

4.° A administrar y usufructuar los bienes que los hijos hubiesen adquirido por cualquier título lucrativo ó por su trabajo ó industria.

Ley idem.—Art. 66. El padre, y en su defecto la madre, no adquirirán la propiedad, el usufructo ni administración de los bienes adquiridos con su trabajo ó industria, si no viviere en su compañía.

Ley idem.—Art. 67. El hijo se reputará como emancipado para la administración y usufructo de los bienes comprendidos en el artículo anterior.

Ley idem.—Art. 68. Tampoco adquirirá el padre, ó en su defecto la madre, la propiedad ni el usufructo de los bienes donados ó mandados al hijo para los gastos de su educación é instruccion, ó con la condicion expresa de que aquéllos no hubiesen de usufructuarlos, si en este caso los bienes donados no constituyeren la legítima del hijo.

COMENTARIO DE LOS ARTÍCULOS 160, 161 Y 162.—El Código, siguiendo en esta parte á la ley de matrimonio civil, se ha apartado de la pura doctrina de los peculios. No habla ya de peculio *profecticio* ó constituído con bienes del padre ó con dinero de éste ó del abuelo, ni del *adventicio*, esto es, formado por las adquisiciones del hijo no procedentes de los bienes de éstos, ni tampoco del *castrense* ó *cuasi castrense*, comprensivo de lo que el hijo ganaba en la Corte del Rey (ley 6.ª, tít. XVII, part. 4.ª) y en la enseñaza de

la ciencia, en el ejercicio de cargos públicos (ley 7.ª, tít. íd. partida íd.), confirmado esto último por sentencia de 5 de Octubre de 1872 al declarar que «los productos ó emolumentos de un cargo público y oficial derivado de la ley de nombramiento de autoridad competente deben reputarse peculio *cuasi castrense*, y el embargo que de ellos se hagan para responder á obligaciones del padre es ilegal.»

Hoy sí existe una distinción entre los bienes de los hijos que marcan los artículos que comentamos, con relación al título ó modo *como* los adquieren, no por virtud de la persona *con* cuyos bienes los obtienen. Así tenemos: bienes que adquieren los hijos por sí, ó por cualquier título lucrativo; bienes que adquieren con el caudal que el padre ó la madre hayan puesto á su disposición; bienes donados ó legados á los hijos para su educación ó instrucción.

No son iguales los derechos de los padres y de los hijos en unos que en otros bienes, y el examen de esta diferencia constituye en realidad nuestro objeto al comentar los artículos 160, 161 y 162. En nuestro estudio seguiremos el mismo orden que determinan éstos.

Los bienes que menciona el 160 son los que adquiera el hijo con su trabajo, industria ó por cualquier título lucrativo. Es decir, que el Código ha refundido en una sola doctrina la del peculio adventicio, del castrense y del cuasi castrense. «Por su trabajo,» dice el artículo, esto es, por el ejercicio de cualquier oficio ó profesión y por el desempeño de todo cargo público. En una palabra, por todo lo que gane el hijo por sí, de cualquier modo que sea, con tal que no reconozca como origen el caudal de los padres.

Añade el artículo: «por título lucrativo,» empleando esta palabra en oposición á oneroso, esto es, por donación ó herencia, corroborando esto último el art. 968 del Código al expresar que «el viudo ó viuda que pase á segundas nupcias estará obligado á reservar *la propiedad* (sólo ésta, puesto que no dice nada del usufructo) de todos los bienes que haya adquirido de su difunto consorte, por testamento, sucesión intestada, donación *ú otro cualquier título lucrativo.*»

En estos bienes (los que el hijo adquiera por su trabajo ó industria, ó título lucrativo), la propiedad pertenece al hijo y el usufructo al padre ó la madre que le tenga en compañía; pero la

administración, ¿á quién corresponde? Calla el Código sobre este particular, introduciendo la obscuridad donde debía y podía reinar la luz y la certidumbre con haber copiado literalmente el caso 4.º del art. 65 de la ley de 1870, declarativo de que los padres tenian derecho á «*administrar* y usufructuar los bienes que los hijos hubieren adquirido por cualquier título lucrativo ó por su trabajo ó industria.» La cuestión se resuelve por lo que á continuación expone el artículo (el 160 del Código), de que «si el hijo, con consentimiento de sus padres, viviere independiente de éstos, se le reputará para todos los efectos relativos á dichos bienes como emancipado, y tendrá en ellos el dominio, el usufructo y la *administración*,» pues si el hijo disfruta solo de ésta en el caso acabado de mencionar, en los restantes corresponderá á los padres. A más de esto, existe en el precepto del art. 159 de que los padres son los administradores legales de los bienes de los hijos, regla general sobre la materia, y en tanto no se encuentre derogada por otra especial concediendo la administración á los hijos, aquélla es la ley primordial y única.

Los padres gozan del usufructo de los bienes de los hijos no emancipados, adquiridos por trabajo ó industria de éstos, si les tienen en *su potestad y compañía*. Faltando estos requisitos, los dos, puesto que el artículo emplea la conjunción copulativa *y*, los padres no gozarán del usufructo, como lo prueba el mismo artículo al considerar emancipado al hijo que con consentimiento de sus padres, viviese independientemente de éstos. Dedúcese de aquí que en el caso de divorcio ó de nulidad de matrimonio, gozará del usufructo del padre ó la madre bajo cuyo poder esté el hijo, y no lo tendrá ninguno de los dos en caso de mala fe de ambos, aconteciendo lo mismo á la madre viuda que pase á segundas nupcias, la cual al perder la patria potestad pierde el usufructo. No obsta á la última afirmación el precepto del párrafo segundo del art. 1.403 de que los frutos del usufructo que tienen los padres sobre los bienes de los hijos, *aunque sean de otro* matrimonio, son gananciales, porque el precepto como toda disposición legal rige sólo donde puede ser aplicada, no cuando otra disposición lo contradice. Regirá, pues, en el caso de segundas nupcias del padre, ó cuando la madre conserve la patria potestad por haberlo dispuesto así el marido premuerto, no en el caso de perder la patria potestad, causa fundamental del usufructo.

Es importantísima la sentencia de 7 de Julio de 1892, declarativa de que el usufructo de que habla el artículo ha de dedicarse á la alimentación de los hijos preferentemente, al pago de los débitos personales del usufructuario. La sentencia citada dice así:

«Según el art. 65 de la ley de Matrimonio civil, corresponde al padre, y en su defecto á la madre, el derecho á usufructuar los bienes privativos de sus hijos no emancipados en cuanto ejerzan sobre éstos la patria potestad; y siendo esta potestad, no la mera condición de padre, el título en virtud del cual se adquiere aquel derecho, claro es que no se ha establecido en provecho personal y exclusivo del usufructuario, sino en beneficio de la familia por él regida y con el fin principal de ayudarse á levantar las cargas inherentes á la patria potestad, entre las cuales se encuentra la de criar, alimentar y educar á su prole; resultando por ello subordinado el goce de aquel derecho al cumplimiento de este deber, cuya subordinación es tanto más evidente cuanto que por el solo objeto de que en todo caso pueda hacerse efectiva anteponiendo el cumplimiento de las obligaciones familiares á las personales del usufructuario, ha declarado el art. 108 de la ley Hipotecaria que esta especie de usufructo no es hipotecable.

El fallo recurrido no infringe, sino antes bien, aplica rectamente el art. 65 de la ley de Matrimonio civil, al declarar el preferente derecho de los demandantes á percibir alimentos con cargo á los productos de sus propios bienes usufructuados por su madre, en concurrencia con el Banco de España, acreedor personal de la misma; que tampoco infringe el art. 63 de la propia ley en cuanto se relaciona con el anteriormente citado; y que aparte de otras razones, por inaplicables al caso, no ha podido infringir los artículos 155 y 160 del Código civil, que como concordantes con ambos, se aducen en apoyo del recurso.

El hijo que viviere separado de los padres con consentimiento de éstos, tendrá el dominio, usufructo y administración de los bienes adquiridos con su trabajo é industria, y se le reputará para *todos los efectos relativos* de dichos bienes como emancipado.

En cuanto á esos bienes, se le considera, pues, como mayor de edad, pudiendo celebrar respecto de los mismos los actos y contratos que estime oportunos.

Indica claramente esta doctrina la sentencia de 18 de Enero de 1888, concebida en estos términos.

«El hijo se reputa como emancipado para la administración y usufructo de los bienes adquiridos con su trabajo é industria si no viviese en compañía de sus padres.

»El ejercer un menor el comercio con peculio propio, viviendo separado de su padre con su consentimiento, y contratando por sí, como lo hizo con la Compañía «La Unión», son hechos todos que revelan la capacidad legal en que se encontraba para celebrar el contrato de seguros de su tienda, y también el convenio que tuvo lugar á consecuencia del incendio que la destruyó.»

Si los padres entregan al hijo un caudal ó capital determidado, y con él obtienen algunas utilidades, éstas pertenecen á aquéllos, conforme al párrafo primero del art. 161, si bien pueden cederles todo ó parte de las ganancias sin serle imputables al hijo en la herencia. El Código ha abandonado en este punto á la ley de Matrimonio civil, que no establecía derecho alguno en favor del hijo, para volver en cierto modo á la legislación de Partidas, que en la 5.ª, tít. IV, ley 3.ª, le permitía dar alguna cosa, aun del peculio profecticio, á la madre, hermana, sobrina ú otros parientes, para casamiento ú otra cosa necesaria, así como para sus maestros.

Este precepto de que no estén sujetas á colación las ganancias que obtengan con los bienes del padre, es una excepción de la doctrina del art. 1.035, que obliga al heredero forzoso que concurra, con otros que también lo sean, á una sucesión, á que traigan á la masa hereditaria los bienes ó valores que hubiese recibido del causante de la herencia, en vida de éste, por dote, *donación ú otro título lucrativo*, para computarlo en la regulación de las legítimas y en la cuenta de la partición.

Puede ocurrir que las ganancias que produzca el caudal de los padres sean de tal entidad que constituyan á su vez un nuevo capital, y ocurre preguntar, bajo el supuesto de que los padres le cedan tales ganancias, ¿qué derechos competirán al hijo en aquél? ¿De quién será la propiedad y quién gozará del usufructo? La contestación es fácil, y casi se impone, atendido el modo de adquisición de dichas ganancias. El hijo hace suyas éstas por la *cesión* de sus padres, es decir, en virtud de una *donación* de éstos. Se trata, pues, de bienes adquiridos por título *lucrativo* (esto mismo resulta teniendo en cuenta que las utilidades las obtiene el hijo mediante su *trabajo ó industria*), y en nuestra opi-

nión hay que aplicar el criterio establecido en el art. 160, á saber: la propiedad del hijo; el usufruto y la administración de los padres, y si aquél, de conformidad con los mismos, y á causa de la naturaleza del negocio viviere independiente de éstos, entonces deberá tener el dominio, el usufructo y la administración.

Clara es la doctrina del art. 162. Pertenecen al hijo la propiedad y el usufructo de los bienes que una persona le donó ó legue para los gastos de instrucción ó educación. La administración corresponderá á los padres, á no ser que el donante hubiera dispuesto alguna cosa sobre este extremo, disposición á la que habrá que atenerse. El administrador nombrado estará sujeto á las obligaciones de todo el que desempeña este cargo, que expresaremos en el artículo siguiente.

Como quiera que, conforme al art. 629, la donación no obliga al donante, ni produce efecto sino desde la aceptación, deberá ser aceptada por éste en unión del padre ó la madre, á tenor del artículo 626, que declara que «las personas que no pueden contratar no podrán aceptar donaciones condicionales ú onerosas sin la intervención de sus legítimos representantes,» para los efectos de la notificación y anotación que exige el 633. En cuanto al legado, no existe disposición expresa; pero siendo los padres los representantes de sus hijos en juicio y fuera de él, aquéllos deberán de aceptarle en nombre de éstos Esto mismo viene á demostrarlo el art. 1.060 al decir, refiriéndose á la partición de la herencia, que no será necesaria la aprobación judicial cuando los menores de edad *estén sometidos á la patria potestad y representados* en aquélla por el padre, ó en su caso por la madre.

El Código ha favorecido á los hijos en este artículo con relación á lo dispuesto por el 68 de la ley de Matrimonio civil, al permitir que la administración pueda no recaer en el padre ó la madre, salvando así el caso de un padre ó madre pródigos, y al hablarnos también de rentas; pero les ha perjudicado por cuanto que ahora sólo sucederá esto, así como el que los hijos disfruten de la propiedad y el usufructo, tratándose de bienes ó rentas dejados especialmente para su educación é instrucción, cuando antes, conforme á dicho artículo, tenía esto lugar, no sólo respecto de este caso, sino de todos aquellos bienes que se dejasen á los hijos «con la condición expresa de que el padre no los usu-

fructuase» cualquiera que fuese el fin á que se destinaren. Y decimos esto no como mera opinión particular, sino porque hemos tenido ocasión de ver una cuestión de esta índole en que los hijos se libraron de la miseria á que les hubiera conducido la conducta de su padre por virtud de un legado que les fué dejado con la prohibición de que él administrase los bienes.

ART. 163. Los padres tienen, relativamente á los bienes del hijo en que les corresponde el usufructo ó administración, las obligaciones de todo usufructuario ó administrador, y las especiales establecidas en la sección 3.ª del título 5.º de la ley Hipotecaria.

Se formará inventario, con intervención del Ministerio Fiscal, de los bienes de los hijos en que los padres tengan sólo la administración; y, á propuesta del mismo Ministerio, podrá decretarse por el Juez el depósito de los valores mobiliarios propios del hijo.

Concordancias.—Análogo al pár. 1.º del art. 156 del proyecto de Código de 1851 é igual al 130 del de 1882.

PRECEDENTES LEGALES.—*Ley de m. civil, art.* 69.—El padre, y en su defecto la madre, cuando gozaren del usufructo de los bienes de los hijos, tendrán las obligaciones de todo usufructuario, excepto la de afianzar respecto de los mismos bienes, mientras no contrajeren segundas nupcias.

También estarán obligados á formar inventario, con intervención del Ministerio fiscal, de los bienes de los hijos respecto á los cuales tuvieren solamente la administración.

COMENTARIO.—La doctrina de este artículo es idéntica á su precedente el art. 69 de la ley de Matrimonio civil.

Para estudiar mejor la materia del artículo estableceremos la misma distinción que admite el Código, á saber: bienes en que los padres gozan del usufructo; bienes en que tienen la administración.

Respecto de los primeros, dice el Código que los padres tienen las obligaciones de todo usufructuario. Las de carácter general, comunes á las diversas clases de usufructo, son las señaladas en los artículos 491, 497, 500 y 512 ó sean respectivamente: formar, con citación del propietario ó de su legítimo representante, inventario de todos los bienes, haciendo tasar los muebles y describiendo el estado de los inmuebles, y prestar fianza (artículo 491); cuidar de las cosas dadas en usufructo como un buen padre de familia (art. 497); hacer las reparaciones necesarias en estas mismas cosas, no las extraordinarias (art. 500), y sufragar los gastos, costas y condenas de los pleitos sostenidos sobre el usufructo (art. 512).

No están sujetos los padres á todas las obligaciones enumeradas. El art. 492 sólo exige la prestación de fianza en el caso de que contrajeren segundo matrimonio. Por esta razón decíamos al principio que la doctrina del artículo comentado es idéntica en este punto á la del 69 de la ley del 70, puesto que si bien aquél no contiene la salvedad de éste, es porque reserva la disposición para la parte referente en especial al usufructo.

¿Tendrán también la obligación de formar inventario? Nos hace formular esta pregunta el párrafo 2.° del artículo, que dice que están sometidos á tal obligación respecto de los bienes en que tengan *sólo* la administración, pareciendo que incluye el caso en que gocen del usufruto; pero parécenos no es así, y existen varias razones para afirmarlo. Es una de ellas la de que el párrafo primero del artículo impone á los padres las obligaciones de *todo* usufructuario, en términos generales y sin hacer excepción alguna, una de las cuales, conforme al art. 491, es la de formar inventario de los bienes, tasando los muebles y describiendo el estado de los inmuebles. Es otra la de que, siendo dos las obligaciones, según el citado art. 491, la mencionada de hacer inventario y la de afianzar, el 492 exime al padre de ésta y no de aquélla, de donde se deduce que no ha querido librarle de ella cuando pudiendo hacerlo no lo ha verificado, y cuando el legislador hace constar la exención á favor del padre del requisito comprendido en el núm. 2.°, sin hablar nada del que figura con el 1.° No se alegue contra esto que el precepto del art. 69 de la ley de Matrimonio civil era igual al art. 163 del Código, y sin embargo, los padres no estaban obligados á formalizar inventario, porque sabido es que la legislación anterior no

contenía disposición alguna que lo exigiese, en tanto que hoy lo reclama el 491. Por tanto, nosotros creemos que la verdadera interpretación de la doctrina del artículo es ésta: tratandose de bienes en que el padre ó la madre tengan el usufructo, es necesario, sí, el inventario, pero particular y extrajudicial; cuando en los bienes gocen sólo de la administración, el inventario deberá hacerse con las solemnidades marcadas en el párrafo 2,° del artículo comentado.

Ocupémonos ahora de lo relativo á los bienes en que los padres tengan *sólo* la administración, ¿Cuáles serán sus obligaciones? No hay disposición alguna que regule y determine de un modo especial los deberes del admininistrador, como quiera que tampoco existe ley sobre el particular. Pero no faltan preceptos, tanto en el Código como en otras leyes distintas del mismo, que cabe aplicar por analogía.

Así declarando el art. 1.719 del Código que el mandatario ha de proceder en la ejecución del mandato como buen padre de familia, y en el 1.720 que está obligado á dar cuenta de sus operaciones, y en el 1.726 que el mandatario es responsable, no solamente del dolo, sino también de la culpa, estos preceptos no pueden menos de ser pertinentes para el caso de la administración, puesto que esta no es otra cosa que un mandato. El Código no reconoce el contrato peculiar de administración; establece el genérico del mandato (art. 1.709) por virtud del cual una persona se obliga á prestar algún servicio ó *hacer alguna cosa por cuenta ó encargo de otra*, dentro del cual está comprendido el específico de la administración. Lo mismo decimos de la disposición del art. 1.889. Dice éste que el gestor debe desempeñar su encargo con toda la diligencia de un buen padre de familia é indemnizar los perjucios que por su culpa ó negligencia se produzcan, y siendo el padre en cierto modo un gestor de los bienes de los hijos, bien que forzoso, debe alcanzarle su prescripción.

La ley de Enjuiciamiento civil contiene también dos preceptos sobre las obligaciones del administrador, concerniente el uno al del *abintestato*, y relativo el otro al del concurso de acreedores. Es el primero el consignado en el art. 1.016, que declara obliga administrador, bajo su responsabilidad, á conservar sin me cabo los bienes que administre y á procurar que den las re productos ó utilidades que correspondan, haciendo á este

los edificios las reparaciones ordinarias que sean indispensa-
s para su conservación, y en las fincas rústicas que no estén
endadas, las labores y abonos que exija su cultivo. Es el se-
ıdo el contenido en el párrafo 1.º del art. 1.229, preceptivo de
: los síndicos están obligados, bajo su responsabilidad, á con-
var y administrar con diligencia los bienes del concurso. To-
estos preceptos tienen un fondo común, cual es el de señalar
ıo obligaciones generales del administrador la de conservar
bienes con diligencia, y conducirse en su gestión como un
n padre de familia, incurriendo en responsabilidad de no ha-
o así, obligación que entendemos alcanza á los padres.

Aparte de estos deberes generales, el artículo impone uno
ɔcial á los padres, el de formar inventario con la intervención
Ministerio fiscal. ¿Qué significa esta intervención? ¿Quiere
r que el inventario ha de hacerse judicialmente? No vemos
. solución. Dicho Ministerio es el representante de la ley y de
ɔciedad, y sus funciones sólo pueden ser desempeñadas en la
ra judicial y pública, no en la particular y privada. De aquí
cuando se presente este caso consideramos lo más acertado
ir un escrito al Juez competente, ó sea el del domicilio del
y por ende el del padre ó de la madre, manifestando que se
proceder á la formación del inventario y solicitando se cite
nisterio fiscal para los efectos que se señalan en este artículo.
tervención de éste consistirá en manifestar su conformidad
l inventario practicado, y aun intervenir en su formación,
· el depósito en los establecimientos destinados para ello
s valores mobiliarios del hijo y solicitar la adopción de las
das que estime convenientes para garantía de éste.

ɔmo obligaciones comunes al caso en que los padres tengan
ufructo de los bienes del hijo ó al en que disfruten sólo de
ministración, señala el artículo las establecidas en la sec-
ɔercera del tít. V de la ley Hipotecaria, ó sean las compren-
en los artículos 202 al 205 de la misma, salvo el 204, y
ás, aunque el Código no lo diga, por la íntima relación que
an con dichos preceptos los de los artículos 143 y 144 de
nento, todas las cuales se exponen dentro del epígrafe
gente.

ɔreguntado si existe contradicción en este punto entre
· la legislación Hipotecaria, puesto que ésta, en el pá-

rrafo 2.º del art. 143 del Reglamento, impone á los padres la obligación de hipotecar solo en el caso de las segundas nupcias y el Código en todos los casos.

Galindo sostiene lo segundo porque—dice—al redactarse el art. 163 del Código, debió partirse ya del supuesto de haber declarado el art. 143 del Reglamento, que el párrafo 2.º del artículo 202 de la ley, podía únicamente entenderse aplicable al caso de las segundas nupcias, añadiendo que en tal caso, no hay contradicción sino repetición innecesaria en el 492.

Abundamos en la opinión de tan notable tratadista manifestada claramente en el hecho de consignar que las disposiones de la ley hipotecaria, mencionadas por el Código, han de aplicarse en unión con las del Reglamento. Este es un accesorio de la ley, y lo accesorio sigue á lo principal. Así, donde el art. 163 dice «ley Hipotecaria», creemos debe entenderse «legislación Hipotecaria».

Además, el art. 142 se redactó en vista del 69 de la ley de Matrimonio civil que preceptúa que la obligación de afianzar los padres sólo debía verificarse en caso de segundas nupcias. Pues bien: si este precepto fué el que motivó la disposición del indicado art. 142 del Reglamento, como quiera que existe hoy en el artículo 492, debe regir también la de aquél; donde hay igual razón debe haber igual derecho.

Disentimos en cambio de lo afirmado por el Sr. Galindo de la inutilidad del art. 492, porque si éste no impusiere el precepto de la exención de la fianza, es cuando se originaría la duda; á menos de no haberlo consignado en el 163.

Concerniente al goce del usufructo, habrá que tener en cuenta lo que sobre cada una de las clases de este derecho dispone el Código en el cap. I del tít. VI del libro primero. Sólo vamos á ocuparnos de una de ellas, que dió lugar á una cuestión litigiosa resuelta por el Tribunal Supremo en sentencia de 7 de Mayo de 1879, de cuyo fallo se ha apartado algún tanto el Código. Se trataba del usufructo de una participación de minas, y dicha sentencia declaró que «consistía en las utilidades que por las transformaciones industriales ó mercantiles á que se las destine produjesen los metales ú otros mineralos extraídos, puesto que si se le concedían estos mismos en concepto de frutos ó rentas, con pleno dominio y libre disposición, se le entregaba en absoluto la propiedad de las minas, ó sea la sustancia de la cosa usufruc-

tuada, que debe reservarse íntegra y entregarse al dueño cuando termine el usufructo.» El Código, en su art. 477, dice que «en el usufructo *legal* podrá el usufructuario explotar las minas denunciadas, concedidas ó en laboreo, existentes en el predio, haciendo suyas la *mitad* de las utilidades que resulten después de rebajar los gastos, que satisfará por mitad con el propietario.» Antes, como vemos, tenía el usufructuario todas las utilidades; ahora le corresponden sólo la mitad de ellas.

Respecto al período de transacción entre el antiguo y el nuevo derecho, precisa tener en cuenta lo dispuesto en las reglas 5.ª y 6.ª de las disposiciones transitorias del Código, cuyo tenor literal es el signiente:

«5.ª Quedan emancipados y fuera de la patria potestad los hijos que hubiesen cumplido veintitrés años al empezar á regir el Código; pero si continuaren viviendo en la casa y á expensas de sus padres, podrán éstos conservar el usufructo, la administración y los demás derechos que estén disfrutando sobre los bienes de su peculio hasta el tiempo en que los hijos deberían salir de la patria potestad, según la legislación anterior.

6.ª El padre que voluntariamente hubiese emancipado á un hijo, reservándose algún derecho sobre sus bienes adventicios, podrá continuar disfrutándolo hasta el tiempo en que el hijo debería salir de la patria potestad con arreglo á la legislación anterior.»

Derecho vigente.—*Ley Hipotecaria, art.* 202.—El hijo á cuyo favor establece esta ley hipoteca legal por razón de peculio, tendrá derecho:

Primero. A que los bienes inmuebles que forman parte del peculio se inscriban á su favor, si ya no lo estuvieren, con expresión de esta circustancia.

Segundo. A que su padre asegure con hipoteca especial, si pudiere, los bienes que no sean inmuebles pertenecientes al mismo peculio.

Art. 203. Se entenderá que no puede el padre constituir la hipoteca de que trata el artículo anterior cuando carezca de bienes inmuebles hipotecables.

Si los que tuviere fueren insuficientes, constituirá, sin embargo, sobre ellos la hipoteca, sin perjuicio de ampliarla á otros que adquiera después, en caso de que se le exija.

Art. 205. Si los hijos fuesen menores de edad, podrán pedir en

su nombre que se hagan efectivos los derechos expresados en el artículo 202:

Primero. Las personas de quienes procedan los bienes en que consista el peculio.

Segundo. Los herederos ó albaceas de dichas personas.

Tercero. Los ascendientes del menor.

Cuarto. La madre, si estuviese legalmente separada de su marido.

Reglamento de la misma, art. 142.—Los que inscriban á favor de un hijo de familia la propiedad de bienes inmuebles, que por la ley constituyan su peculio, harán constar esta circustancia en la misma inscripción, expresando la procedencia de dichos bienes.

Cuando se omita esta circunstacia en la inscripción, deberán pedir que se haga constar por medio de una nota marginal, puesta á la misma, los que tienen derecho según la ley, para exigir que en su caso se constituya hipoteca para la seguridad del peculio.

Art. 143. La hipoteca para la seguridad del peculio sólo podrá exigirse y deberá prestarse por los bienes no inmuebles que hagan parte de él y administren los padres.

El párrafo 2.º del art. 202 de la ley debe entenderse aplicable, según el art. 69 de la de Matrimonio, sólo en el caso de que el padre ó la madre contraigan segundas ó ulteriores nupcias.

Art. 144. La inscripción hipotecaria por peculio expresará todas las circustancias que requiere la de hipoteca voluntaria, y además las siguientes:

1.ª La edad y estado del hijo, dueño del peculio.

2.ª La procedencia de los bienes que constituyan el peculio.

3.ª Los bienes en que éste consista y su valor, ó el que se les haya dado para la constitución de la hipoteca, en los términos que determina el art. 18 de este Reglamento.

4.ª Expresión de constituirse ésta espontáneamente por el padre ó la madre ó en virtud de providencia y expediente judicial, y á instancia de quién.

5.ª Las circustancias diez y once comprendidas en el art. 140.

ART. 164. El padre, ó la madre en su caso, no pc drán enajenar los bienes inmuebles del hijo en que l

corresponda el usufructo ó la administración, ni gravarlos, sino por causas justificadas de utilidad ó necesidad, y previa la autorización del Juez del domicilio, con audiencia del Ministerio fiscal, salvas las disposiciones que, en cuanto á los efectos de la transmisión, establece la ley Hipotecaria.

Concordancias.—Análogo al art. 158 del proyecto de Código de 1851 é igual al 131 del de 1882.

PRECEDENTES LEGALES.—*Fuero Juzgo, lib. IV, tít. II, ley* 13.—La madre muerta, los fiios deven fincar en poder del padre, si son daquel casamiento, e deve tener su buena de los fiios, si se non casar con otra. Mas *non puede nada vender ende, nin enagenar...*

Part. 5.ª, *tít. XIII, ley* 24.—Bienes han apartados los fijos que son suyos propriamente que los han de parte de su madre. E como quier que tales bienes como estos deuen ser en poder del padre é puede esquilmar los frutos dellos, con todo esso *non los deue enajenar en ninguna manera. E si por auentura los enajenasse, fincarian por ende obligados é empeñados al fijo los bienes del padre*, despues de su muerte, fasta que recebiesse entrega dellos, de aquello que el padre le ouiesse enajenado ó malmetido. E si por auentura en los bienes del padre non se pudiesse entregar porque fuessen tan pocos que no compliessen, ó que los ouiesse el padre embargados ó mal parados en alguna manera, entonce pueden demandar sus bienes á quien quier que los fallen é deuenlos cobrar. E esto se entiende cuando non quisieren eredar nin auer parte en los bienes del padre. Ca si quisiessen eredar en ellos entonces non podrian demandar los sus bienes proprios, a aquellos á quien los ouiesse el padre enajenado, segund que es dicho: porque todos los pleytos derechos que el padre ouiesse fechos, serian tenudos de guardar ó de non venir contra ellos despues que fuessen erederos.

Real orden de 28 *de Agosto de* 1876, *art.* 1.º—Los Notarios que fueren requeridos para autorizar algún *acto ó contrato* de venta, retroventa, hipoteca ó cualquier otro *por el que resulten gravados ó enajenados bienes inmuebles pertenecientes* al peculio de *los hijos no*

emancipados, exigirán de los otorgantes el documento que acredite haberse concedido la correspondiente *autorización judicial, previa justificación de la necesidad ó utilidad*, cuya autorización se obtendrá con arreglo á los trámites de la ley de Enjuiciamiento civil, dándose conocimiento á las personas designadas en el artículo 205 de la ley Hipotecaria, á los efectos expresados en su artículo 202.

Ley de Enjuiciamiento civil, art. 2.011.—Será necesaria licencia judicial para enajenar ó gravar los bienes de menores ó incapacitados que correspondan á las clases siguientes:

1.° Inmuebles.

Ley idem, art. 2.030.—Para hipotecar ó gravar bienes inmuebles, ó para la extinción de derechos reales que pertenezcan á menores ó incapacitados, se observarán las mismas formalidades que para la venta, con exclusión de la subasta.

COMENTARIO.—En oposición á lo dispuesto en la ley 24, título XIII, Part. 5.ª, que autorizaba solo al padre de una manera indirecta para enajenar los bienes del peculio adventicio, el Código establece esa misma autorización de un modo expreso respecto de los inmuebles en que los padres tengan el usufructo ó la administración, y por ende, en aquellos en que disfruten de una y otra. Como vemos, la disposicion alcanza á casi todos los bienes de los hijos, excepto los que éstos adquieran con su trabajo ó industria viviendo independiente de sus padres con el consentimiento de éstos, pues pertenece á aquéllos la propiedad, el usufructo y la administración, y los donados ó legados á los hijos, para los gastos de su educación é instrucción, con la condición expresa de que los padres no los administren.

Los bienes en los que el padre ó la madre tengan el usufructo ó la administración, que son á los que se refiere el artículo, sólo pueden ser enajenados ó gravados mediante la oportuna autorización judicial, obtenida con audiencia del Ministerio fiscal y justificando la necesidad ó utilidad de la enajenación ó del gravamen; en una palabra, cumpliendo los requisitos que marcaban ya los artículos 2.012, 2.013, 2.014 y párrafo segundo del 2.0[illegible] *vigentes en nuestro sentir*, por figurar en una ley no derogada [illegible] el Código, y que copiamos á continuación:

«Art. 2.012 Para decretar la venta será necesario:

1.° Que la pida el padre, ó en su caso la madre, del hijo no emancipado. Si éste fuere mayor de doce y catorce años respectivamente, según su sexo, firmará también la petición.

.....

3.° Que se exprese el motivo de la enajenación y el objeto á que deba aplicarse la suma que se obtenga.

4.° Que se justifique la necesidad ó utilidad de la enajenación.

5.° Que se oiga sobre ello al Promotor fiscal (1).

Art. 2.013. Cuando la justificación á que se refiere el núm. 4.° del artículo anterior haya de hacerse por medio de testigos, deberán ser tres por lo menos, dando fe el actuario de conocerlos. Si no los conociere, exigirá la presentación de dos testigos de conocimiento.

Esta justificación se practicará con citación del Promotor fiscal.

Art. 2.014. Hecha la justificación y evacuada la Audiencia del Promotor fiscal, el Juez, sin más trámites, dictará auto otorgando ó negando la autorización para la venta.

Este auto será apelable en ambos efectos.

Art. 2.015. Párrafo 2.° Exceptúanse de esta regla las hechas por el padre ó por la madre con patria potestad. Éstos podrán realizarla sin otro requisito que el de haber obtenido previamente la autorización judicial, con audiencia del Promotor fiscal y de las personas designadas en el art. 205 de la ley Hipotecaria.»

La autorización ha de obtenerse, conforme al artículo, del Juez del domicilio, y aunque no expresa de qué persona, se sobreentiende del de los padres, pues sabido es, según el art. 64 de la ley de Enjuiciamiento civil, que el domicilio de los hijos constituídos en potestad es el de sus padres. Esta misma ley, en el caso 23 del art. 63, señala como Juez competente, el del domicilio de los hijos, y además el del lugar en que los bienes se encuentren, precepto alternativo muy práctico y conveniente, puesto que es de suponer que haya más compradores en el sitio donde pueden ser conocidos el valor y la utilidad de los bienes que no donde se desconocen estos requisitos. ¿Seguirá subsistente esta doble competencia? Aunque por las razones que manifestaremos más ade-

1) Este cargo no existe. Desempeñan su función los Fiscales municipales.

lante, entendemos que el Código no ha derogado ni ha podido derogar la ley de Enjuiciamiento civil, la disposición de aquél sobre este extremo es terminante, puesto que declara que la autorización ha de obtenerse del Juez del domicilio. Lo que no es necesario es el requisito de la subasta, que no exije el Código, y del que el art. 2.015 de la ley de Enjuiciamiento civil eximía de manera expresa al padre y á la madre.

Estudiaremos ahora la forma en que pueden ser enajenados ó separados los bienes de los hijos en los que el padre y la madre *no* tengan ni el usufructo ni la administración. Cuéntanse entre éstos, como ya hemos dicho, aquellos que gane el hijo con su trabajo ó industria viviendo separado de sus padres con anuencia de éstos. El art. 160 declara que el hijo «se reputará para *todos* los efectos relativos á dichos bienes como *emancipado*.» Es decir, que tal hijo gozará de los beneficios inherentes á la mayor edad, sin que, por tanto, sea necesaria la autorización judicial, ni aun la de los padres, por no ser aplicable al mismo la disposición del art. 317 del Código. Este artículo habla de la emancipación *voluntaria*, esto es, de la concedida graciosamente por el padre ó la madre en términos generales, en tanto que la establecida en el artículo 164 es una emancipación *legal* de carácter particular, por limitarse sus consecuencias á determinados extremos, como son los efectos relativos á ciertos bienes. Por otra parte, el citado artículo 317 lo que prohibe al hijo emancipado convencionalmente es el ejercicio de actos concretos de administración y de dominio, y el 164 lo que hace precisamente es autorizar al hijo para estos actos, que no pueden ser en modo alguno de la competencia del padre ó de la madre, puesto que les priva en absoluto de la propiedad y de la administración. La ley otorga tal privilegio, por decirlo así, en atención á vivir los hijos separados de sus padres con consentimiento de éstos y como consecuencia inherente á esta renuncia de una de las facultades de la patria potestad. Los hijos en este caso están emancipados de *hecho;* natural y hasta justo era que el legislador sancionase el derecho consiguiente á ese mismo hecho, tanto más por cuanto que si no, aquél no tendría razón de ser. De nada serviría el hecho de la emancipación, es es, que los hijos viviesen fuera del hogar paterno, si al mis tiempo no se consagraba el derecho consiguiente, ó sea el q gozasen los hijos alguna libertad en cuanto á la disposición de

bienes que pudieran adquirir. Por eso el Código, reconociendo la justicia y la necesidad de esto, proclama el principio de que al hijo se le considere emancipado para *todos los efectos* concernientes á los bienes que adquiera, y lo hace en términos absolutos para *todos los efectos*, es decir, así para su administración como para su enajenación.

Los otros bienes en los que es posible que el padre ó la madre no disfruten el usufructo ni la administración, son aquellos donados ó legados al hijo para su educación con prohibición expresa por parte del donante ó testador de que el padre ó la madre los administre. ¿Qué requisitos serán necesarios para la enajenación ó gravamen de estos bienes? El padre ó la madre no podrán solicitar una ú otro, por envolver un acto de dominio ó de administración de que no disfrutan aquéllos. Dichos actos deberán ser solicitados por la persona á quien el donante ó testador haya encargado su administración. Ahora bien: si la ley exige la autorización judicial tratándose de los padres, con mucho mayor motivo ha de ser necesaria ésta cuando es una persona extraña quien pretende la enajenación ó gravamen. No es este otro caso que el de enajenación de bienes de menores comprendido en el tít. XI, lib. III de la ley de Enjuiciamiento civil, á cuyas disposiciones habrá que atenerse; así, no sólo será necesaria la autorización judicial, sino también el avalúo y la venta en pública subasta, á tenor del pár. 1.° del art. 2.015 de la indicada ley.

El Código en este artículo, al exigir la autorización judicial, habla sólo de los bienes inmuebles pertenecientes á los hijos. El silencio respecto de los demás, ¿quiere decir que no es necesario tal requisito en cuanto á los mismos? Así se desprende del artículo, pero existe el 2.011 de la repetida ley de Enjuiciamiento civil, que hace extensiva la necesidad de licencia judicial para la enajenación ó gravamen de los efectos públicos y valores de toda especie nominativos ó al portador, derechos de todas clases, alhajas, muebles y objetos preciosos que puedan conservarse sin menoscabo.

Este precepto, ¿ha de entenderse derogado por el silencio del Código? No lo creemos así. El Código es una ley sustantiva y civil cuya publicación sólo puede afectar á las de su misma índole, no á las de naturaleza diversa, esto es, á las adjetivas ó procesales como es la de Enjuiciamiento. Además, la disposición

final derogatoria del Código sólo hace perder su fuerza á las leyes que constituyen el *derecho civil común*, y esto en las *materias que son objeto del mismo*, derogación, por tanto, que no puede alcanzar á una ley que, como la de que venimos hablando, no forma parte del derecho civil común, menos aún en una materia que no es objeto del Código, y que, por el contrario, viene á llenar el vacío del mismo. En nuestro sentir, el precepto del artículo 164 no es una modificación de lo dispuesto en la ley de Enjuiciamiento, sino una ratificación, puesto que aunque aquél no se hubiera consignado, seguiría siendo necesaria la autorización judicial para enajenar ó gravar los bienes de los hijos en virtud de exigirlo así una ley cuya esencia no ha sido alterada por la publicación del Código. En su consecuencia, la enajenación ó gravamen de los bienes de los hijos antes indicados, deberá hacerse previa autorización judicial, y si los efectos públicos se cotizan en Bolsa, por medio de agente ó corredor nombrado por el Juez y al precio de la cotización oficial, como dispone el párrafo 1.º del art. 2.022 de la ley de Enjuiciamiento civil.

Un punto importante hemos de examinar, cual es la transacción de los derechos de los hijos. Sobre éste existe el precepto expreso del art. 1.810 del Código, declarando que «el padre, y en su caso la madre, pueden transigir sobre los bienes y derechos del hijo que tuvieren bajo su potestad; pero si el valor del objeto sobre que recaiga la transacción excediera en 2.000 pesetas, no surtirá ésta efecto sin la aprobación judicial.» ¿Qué trámites serán necesarios á fin de obtener la autorización para transigir? Los que determinan los artículos 2.025, 2.026, 2.027, 2.028 y 2.029 de la ley de Enjuiciamiento civil, ó sean los siguientes:

«Art. 2.025. La autorización para transigir sobre los derechos de los menores ó incapacitados se pedirá por las mismas personas que la venta de bienes.

En el escrito en que se pida se expresaran el motivo y objeto de la transacción, las dudas y dificultades del negocio, y las razones que la aconsejen como útil y conveniente; y se acompañará el documento en que se hubieren formulado las bases de la transacción.

Se exhibirán también con el escrito los documentos y antecedentes necesarios para poder formar juicio exacto sobre el negocio.

Art. 2.026. Si sobre el derecho transigible hubiere pleito pendiente, el escrito se presentará en los mismos autos.

Art. 2.027. Si para demostrar la necesidad de la transacción fuera necesaria ó conveniente la justificación de algún hecho, ó la práctica de alguna diligencia, las acordará el Juez, y se llevarán á efecto con citación del Promotor fiscal.

Art. 2.028. Hecho lo prevenido en los artículos anteriores, pasarán las diligencias al Promotor fiscal para que exponga lo que tenga por conveniente.

Art. 2.029. Devueltas por el Promotor fiscal, el Juez dictará auto concediendo ó negando la autorización para la transacción, según lo estime conveniente á los intereses del menor ó incapacitado.

Si la concede, aprobará ó modificará las bases presentadas, mandando que se dé testimonio, con los insertos necesarios, al tutor ó curador para el uso correspondiente.

Estos autos serán apelables en ambos efectos.»

No sólo se necesita la autorización judicial para los diversos particulares expuestos, sino también para la extinción de derechos reales de los hijos no emancipados, como ordena el art. 2.030 de la ley de Enjuiciamiento civil (*Véanse Precedentes legales*), y ha confirmado la resolución de la Dirección general de los Registros de 14 de Marzo de 1887 (*Gaceta* 2 Junio íd.), al establecer que «es doctrina constante de la Dirección la de que los actos y contratos en virtud de los que se extinguen ó cancelan derechos reales inscritos, tienen tanta importancia como una verdadera enajenación, por lo cual no cabe confundirlos con aquellos que son referentes al cobro de créditos, y que la observancia 6.ª *De tutoribus*, que prohibe al tutor aragonés la enajenación de los inmuebles del menor, á no ser que medie autorización judicial, tiene aplicación perfecta al caso de que se trata, puesto que la extinción de una hipoteca exige en el que la consiente el derecho de enajenar, según se infiere de lo que queda expuesto.»

Existen otros bienes en los que los padres tienen también el usufructo, los reservables, esto es, aquellos cuya propiedad, conforme al art. 968, tiene que reservar el viudo ó viuda que pasa á segundo ó ulterior matrimonio á favor de los hijos ó descendientes del primero ó anterior.

Los artículos 974, 975 y 976, refiriéndose á la enajenación de

dichos bienes, establecen: el primero, que «será válida la que de los *inmuebles* sujetos á reserva haga el cónyuge sobreviviente antes de celebrar segundas bodas, con la obligación, desde que las celebrare, de asegurar el valor de aquéllos á los hijos y descendientes del primer matrimonio;» el segundo, que «la enajenación que de los *mismos* hubiere hecho el viudo ó la viuda después de contraer segundo matrimonio (ó ulterior), subsistirá únicamente si á su muerte no quedan hijos ni descendientes legítimos del primero, sin perjuicio de lo dispuesto en la ley Hipotecaria» (1), y el tercero, que «las enajenaciones de los *muebles* hechas antes ó después de contraer matrimonio serán válidas, salva siempre la obligación de indemnizar.» Nada dice el Código sobre la necesidad de la autorización judicial. ¿Deberá, sin embargo, cumplirse este requisito? Contestamos desde luego afirmativamente por tres razones: la primera, por el precepto mismo del art. 164, que lo exige tratándose de bienes *inmuebles* en que los padres tengan el usufructo, y el padre viudo ó la madre viuda lo tienen en los reservables, pues, como ya hemos indicado, el art. 968 obliga al cónyuge sobreviviente á reservar *sólo la propiedad*, deduciéndose que gozan del usufructo de dichos bienes; la segunda, por lo dispuesto en la ley de Enjuiciamiento civil (art. 2.011) sobre enajenación de bienes de menores, ley que estimamos continúa *vigente* en esta parte; la tercera, porque si el objeto del legislador al establecer tal requisito ha sido garantir y asegurar, en cuanto sea posible, los bienes de los hijos, la necesidad de tal garantía se ofrece más evidente en el caso de segundas nupcias, que la misma ley mira, en general, con determinada prevención, como se observa por las disposiciones de los artículos 157, 168, 172, y las de sección especial sobre los bienes sujetos á reserva.

El Código, en toda la sección de que forma parte el art. 164, viene refiriéndose á los hijos no emancipados, é interesa examinar los casos que pueden presentarse en virtud de la emancipación de aquéllos. Tiene lugar ésta por tres circunstancias: el matrimonio del menor, la mayor edad, y la concesión del padre ó de la madre.

En el primer caso, el art. 59, refiriéndose al menor varón

(1) Artículos 194 al 199 y 134 al 142 de su Reglamento.

dice que si no tiene diez y ocho años no podrá administrar sin el consentimiento de su padre, y en ningún caso, mientras no llegue á la mayor edad, podrá tampoco, sin consentimiento de los mismos, tomar dinero á préstamo, gravar ni enajenar bienes raíces. Pero ya sabemos que esta disposición atañe á un caso particular; que no resuelve las muchas y complejas cuestiones á que dan origen las nuevas doctrinas del Código sobre los bienes del matrimonio y la sociedad conyugal, y existe una regla para cada clase de bienes. Por eso nos referimos desde luego á lo expuesto ampliamente en el comentario del citado artículo 59.

Ninguna duda ofrece el caso de la mayor edad respecto de los que cumplan veintitrés años después de la publicación del Código; pero, ¿y los que los hubieren cumplido antes? Ordena sobre este caso concreto la regla 5.ª de las disposiciones transitorias que «quedan emancipados y fuera de la patria potestad los hijos que hubiesen cumplido veintitrés años al empezar á regir el Código, pero si continuaren viviendo en la casa y á expensas de sus padres, podrán éstos conservar el usufructo, la administración y los demás derechos que estén disfrutando sobre los bienes del peculio hasta el tiempo en que los hijos debieran salir de la patria potestad según la legislación anterior.» En tanto que no llegue este término, las enajenaciones que de tales bienes se hagan, ¿deberán realizarse en virtud de autorización judicial ó sin necesidad de este requisito? Esta es nuestra opinión. Es cierto que el artículo 164 hace extensiva tal formalidad á la enajenación de bienes inmuebles en que los padres tengan el usufructo, pero no lo es menos que habla para los hijos no emancipados y en el caso del usufructo forzoso, siendo así que en el caso que estudiamos, los hijos *están emancipados y fuera de la patria potestad*, y el usufructo es potestativo, puesto que la regla dice que los padres *podrán* conservar tal derecho. Esta reserva del usufructo es sólo un acto de cortesía ó atención que el legislador ha querido guardar á los padres; nada más. Además, si en el caso de la emancipación por matrimonio ó en el de por concesión del padre ó de la madre no es necesaria la autorización judicial, á pesar de ser el hijo menor, sino que basta el consentimiento de uno ó de otro, mucho menos ha de serlo cuando es mayor de edad y la ley lo declara de modo terminante *emancipado y fuera de la patria potestad*. Es

más: consideramos que por analogía ha de aplicarse precepto semejante á los que sigan en la emancipación por matrimonio y por concesión, ó sea que el hijo podrá gobernar su persona y bienes por sí, es decir, celebrar los actos y contratos, si bien con licencia del padre ó de la madre cuando el objeto de éstos sea tomar dinero á préstamo y gravar ó vender los inmuebles. No decimos que esta sea la regla verdadera, pero al menos es la racional y equitativa. Lo acabado de manifestar se ha de entender para el caso en que el hijo viva á expensas de los padres y éstos se hubiesen reservado el usufructo y la administración de los bienes del peculio del mismo, pues de no ser así, aquél gozará de la plenitud absoluta de su capacidad por desaparecer la única restricción que la ley establece.

Respecto de la emancipación *voluntaria* ó por concesión de los padres, existe el precepto expreso del art. 317 ya mencionado en otro lugar, que no exige la autorización judicial.

Las últimas palabras del artículo, *salvas las disposiciones que, en cuanto á los efectos de la transmisión, establece la ley Hipotecaria*, son de gran importancia, y conviene estudiarlas. ¿Qué quiere decir el Código con esto? En nuestro sentir, que lo dispuesto en el artículo ha de entenderse *sin perjuicio*, es decir, teniendo en cuenta lo establecido en dicha ley. ¿A qué efectos se refiere el Código? No contiene la citada ley ningunos *especiales* sobre la transmisión de bienes de los hijos; de modo que tiene que hacer relación á *los generales* sobre cualquier acto ó contrato, á los efectos en cuanto á tercero, ó sea los contenidos en sus artículos 23, 24, 25, 27, 28, 29, 33, 34, 36, 37 y 38. Así, el título ó escritura en que se enajenen ó graven bienes de los hijos constituídos en patria potestad no perjudicará á tercero si no se inscribe en el Registro (art. 23), pero una vez inscrito, surtirá su efecto en cuanto á tercero, ó sea contra aquel que no haya intervenido en el acto ó contrato inscrito, desde su inscripción, es decir, desde la fecha de su presentación, así como también contra los acreedores singularmente privilegiados por la legislación común (artículos 24, 25, 27 y 28, ídem). Asimismo, la inscripción no convalidará el acto ó contrato si fuese nulo con arreglo á las disposiciones del Código (art. 33), á no ser que se otorgue por persona que en el Registro aparezca con derecho para ello y mediante título oneroso, aunque se resuelva ó anule después el derecho del otor-

gante en virtud, ya de un título anterior no inscrito ó de causas que no resulten claramente del mismo Registro, ya de otro anteriormente inscrito, si en este último caso la inscripción hecha á favor de aquél se hubiere notificado á los que en los veinte años precedentes hayan poseído, según el Registro, los mismos bienes y no hubieren reclamado contra ella en el término de treinta días (art. 43, ídem).

Doctrina es la de ambos artículos de suma importancia y notoria gravedad, razón por la que nos creemos obligados á enumerar algunas sentencias confirmatorias de la misma. La de 12 de Febrero de 1870 decía que según el art. 34 de la ley Hipotecaria, los actos ó contratos ejecutados ú otorgados por personas que en el Registro aparezcan con derecho para ello, una vez inscritos, no se invalidan en perjuicio de tercero que contrató con buena fe, aun cuando el acto que produjo la inscripción sea posteriormente declarado nulo con arreglo á las leyes. Esta disposición se halla confirmada por el art. 396 de la misma ley, el 333 del Reglamento para su aplicación y la jurisprudencia del Tribunal Supremo,» y la de 8 de Julio de 1871, que «con arreglo al art. 34 de la ley Hipotecaria de 8 de Febrero de 1861, los contratos otorgados por persona que en el Registro aparezca con derecho para ello no se invalidan en cuanto á tercero, una vez inscritos, aunque después se anule ó resuelva el derecho del otorgante en virtud del título anterior no inscrito, ó de causas que no resulten claramente del mismo Registro, y sólo por un título inscrito puede invalidarse, en perjuicio de tercero, otro posterior también inscrito.» La de 1.° de Diciembre de 1873 declaró que «la inscripción de los documentos públicos en el Registro de la propiedad no convalida los actos ó contratos nulos con arreglo á las leyes, porque así lo dispone expresamente el art. 33 de la ley Hipotecaria;» la de 30 de Diciembre de 1875, que «para adquirir con seguridad bienes inmuebles ó derechos reales es indispensable, no sólo que el vendedor sea dueño de ellos, sino que tenga capacidad civil para enajenarlos, y declarada nula la enajenación, queda también anulada su inscripción en el Registro de la propiedad, según dispone el art. 33 de la ley Hipotecaria, favoreciendo al tercero la excepción del art. 34 de la misma, cuando los vendedores aparecen en el Registro con derecho para enajenar válidamente;» y por último, la de 10 de Abril de 1876, que «si

bien el art. 33 de la ley Hipotecaria establece que la inscripción no convalida los contratos nulos con arreglo á las leyes, está en relación con el 34, en el que se previene que los contratos otorgados por personas que en el Registro aparezcan con derecho para ello, no se invalidan en cuanto á tercero una vez inscritos.»

Tienen, por último, aplicación, acaso la más principal, el citado art. 36 de la misma ley Hipotecaria ordenando que las acciones rescisorias y resolutorias no se darán contra tercero que haya inscrito los títulos de sus respectivos derechos, á no ser que deban aquéllas su origen á causas que consten esplícitamente en el Registro ó las relativas á las enajenaciones en fraude de acreedores, sin que puedan consiguientemente anularse ó rescindirse los contratos en perjuicio del mismo por ninguna de las varias causas que menciona el 38, entre otras (por ser la que nos interesa para nuestro estudio), *la lesión enorme ó enormísima.*

De estos artículos se deriva una cuestión de no escaso interés, á saber: ¿qué acciones ó derechos competirán á los hijos contra los actos ó contratos de enajenación ó gravamen de sus bienes celebrados por sus padres? Para responder á esta pregunta hay que distinguir dos casos: el de que los bienes ó el crédito haya pasado á un *tercero*, y el de que continúen en poder del mismo que intervino en el contrato; y examinar las dos acciones, la de lesión y la de nulidad. Respecto del primero, no podrá tener lugar la rescisión por lesión en virtud de la prohibición de los artículos 36 y 38 de la ley Hipotecaria, sucediendo lo mismo en cuanto á la nulidad en los casos del art. 34. El párrafo último del art. 38 concedía al perjudicado la acción de daños y perjuicios contra el que los hubiera causado, pero este precepto ha sido modificado y derogado por el del 1.489 del Código, que establece que en las *ventas judiciales* no habrá lugar á la responsabilidad por daños y perjuicios.

Concerniente al segundo caso, la cuestión presenta alguna dificultad ante la omisión del Código, pues al enumerar qué contratos son rescindibles (art. 1.291), no menciona para nada aquellos de que nos venimos ocupando. Este silencio indica bien á las claras que el legislador ha querido sólo otorgar el beneficio de la rescisión á los contratos que expone determinadamente, sin extenderlo á los que no comprende dentro del artículo, Aparte de esto, hay otro fundamento en pro de esta misma opi-

nión. El art. 1.296 dice que la «*rescisión* de que trata el núm. 2.° del 1.291 (contratos celebrados en representación de los ausentes) *no tendrá lugar respecto de los celebrados con autorización judicial.*» El legislador ha creído, no sin acierto, que este requisito es suficiente para alejar la posibilidad de lesión en un contrato, y por eso no concede la rescisión en tal caso. Ahora bien: si esto sucede en el caso de los ausentes, con mayor motivo sucederá en el de los hijos, puesto que el contrato es celebrado por el padre ó la madre, personas en quienes precisa suponer el más alto grado de cariño. Prueba esto otra consideración, la de que si la venta ó el gravamen se llevase á efecto sin la autorización judicial, el contrato sería nulo, á tenor de lo dispuesto en el párrafo primero del art. 4.° del Código.

Tocante á la nulidad, nuestra opinión es contraria. Creemos que habrá lugar á la misma. Nos induce á contestar en este sentido, en primer lugar, los términos generales en que se encuentra redactado el art. 1.300. En oposición al 1.291, que menciona numerados los contratos rescindibles, éste (el 1.300) habla en términos generales, manifestando que «*los contratos* en que concurran los requisitos que expresa el art. 1.261, pueden ser anulados, aunque no haya lesión para los contratantes, *siempre* que adolezcan de algunos de los vicios que los invalidan con arreglo á la ley.» Como vemos, la disposición no es restrictiva, como la del 1.291 en cuanto á la lesión, sino ilimitada; no atañe á este ó al otro contrato particular y concretamente, sino que concierne á todos en los que concurre alguna ó algunas de las causas que los anulan.

Aparte de esto, existe una gran diferencia entre la causa que motiva la rescisión y las pertinentes al caso que estudiamos de las varias que pueden producir la nulidad (error, dolo ó falsedad de la causa). La lesión se refiere sólo al defecto en el valor dado á la cosa, en el precio de la misma, circunstancia que puede conocerse al otorgarse el contrato, y no es temerario afirmar que se negará siempre la autorización judicial para su celebración; el error, el dolo ó la falsedad pueden permanecer ocultos en tal momento; de hecho sucede así casi siempre, y escapan, por tanto, al recto criterio del Juez y al contratante de buena fe, y sería antijurídico y poco justo mantener la validez de un contrato en que está viciado lo principal ó sea el consentimiento. Por eso

el art. 1.265 declara nulo el consentimiento prestado por error, violencia, intimidación ó dolo, y por esto mismo añade el 1.276 que la expresión de una causa falsa dará lugar á la nulidad. Y es que las cláusulas ó condiciones de un contrato, y este mismo, no son más que el desenvolvimiento, la gestación del consentimiento, y siendo éste ilícito, ó sea la raíz, nulo debe ser lo demás. Por otra parte, los preceptos de estos dos artículos y todos los concernientes á la materia de obligación y contratos, son la ley especial sobre este particular, aplicables en todos los casos mientras el Código no contenga una excepción, sobre alguno especial, cosa que no sucede respecto de los celebrados por menores.

Hay una última consideración en pro de nuestra opinión. Sabido es, como ya hemos indicado, que el párrafo 2.º del art. 1.810 exige la aprobación judicial de las transacciones de bienes ó derechos de menores que excedan de 2.000 pesetas, y sin embargo, el 1.817 declara que «la transacción en que intervenga error, dolo, violencia ó falsedad de documentos, está sujeta á lo dispuesto en el art. 1.265,» es decir, que será nula. Ahora bien: si un contrato sobre bienes ó derechos de los hijos, como es la transacción, celebrado con aprobación judicial puede ser anulado, ¿por qué no han de poder serlo también todos aquellos en que exista la misma causa? ¿Qué razón hay para verificar esta exclusión, esta verdadera selección? Ninguna; por el contrario, á favor de la nulidad, á más de las legales expuestas, hay una poderosa, de carácter moral, la de que la ley no debe permitir conscientemente el fraude ó engaño, y lejos de eso, debe reprimirlo y castigarlo.

¿Desde cuándo comenzará á correr el término para pedir la nulidad que, según el art. 1.301, dura cuatro años? Este mismo, refiriéndose á los menores ó incapacitados, dice que desde que salieron de la tutela, esto es, desde que adquieren la capacidad para solicitarlos por sí mismos; luego aplicando igual regla por la analogía del caso y por el principio jurídico de que donde hay la misma razón debe haber idéntico derecho, creemos que desde que los hijos salgan de la patria potestad.

Todo lo manifestado sobre la rescisión y nulidad es concerniente á los hijos no emancipados y en aquellos bienes en que el padre ó la madre tengan el usufructo y la administración, ó un solo de estos derechos, pues en aquellos en que el hijo tenga esta

facultades, ó tratándose del que haya cumplido veintitrés años antes de la publicación del Código, como quiera que tiene capacidad jurídica para contratar por sí, el contrato que celebre está sujeto á las reglas generales sobre éstos. El término para el ejercicio de la acción rescisoria se contará en este caso desde la fecha del otorgamiento del contrato, y para el ejercicio de la de nulidad desde la consumación del mismo.

De lo expuesto se desprende la diferencia radicalísima que en cuanto á los derechos de los hijos, en el caso de la venta de bienes inmuebles hecha por el padre, existe entre el silencio del Código y la doctrina terminante de la ley 24, tít. XIII, Part. 5.ª, confirmada en sentencias de 16 de Enero de 1862, 30 de Diciembre de 1864, 1.º de Febrero de 1867, 20 de Abril de 1870 y 18 de Mayo de 1878, que por el solo hecho de la venta declaraba obligados y *empeñados* al hijo los bienes del padre, y si no bastaren, podía demandar los vendidos *á quien quier que los fallen é debenlos cobrar*. Lo mismo dicen otras dos más recientes, las de 12 de Abril y 30 de Noviembre de 1866 que transcribimos: «Las enajenaciones hechas por el padre de bienes propios de los hijos—expresa la primera—sólo se anulan y se da contra ella la acción reivindicatoria, según la ley 24, tít. XIII, Part. 5.ª, si el hijo no pudiese ser indemnizado con los bienes de su padre y no quisiere heredar de él. Carecen de aplicación al caso presente las leyes referentes á la venta de bienes de menores que no están sometidos á la patria potestad, sino á la guarda de tutores ó curadores.»

La segunda expone que «con arreglo á la ley 24, tít. XIII, Partida 5.ª, el padre que enajena los bienes que el hijo tuvo de su madre responde con los suyos propios *fasta que recibiesse dellos entrega de aquello que el padre le oviese enagenado*, pudiendo el hijo, en caso de insolvencia del padre, *demandar sus bienes á quien quier que los fallen, siempre que el hijo non quisiere heredar nin aver parte en los bienes del padre*. Cualesquiera que sean las reglas que hoy rigen respecto á la enajenación de bienes raíces propiedad de los menores de edad constituídos en la patria potestad, es lo cierto que en la época en que tuvo lugar el contrato relativo á la finca de que se trata, el padre podía proceder á la venta de los bienes raíces del peculio adventicio del hijo sin necesidad de licencia judicial. La insolvencia en que á su muerte quedó el pa-

dre, y la circunstancia de no haber sido su heredero su hijo, hace nacer en favor de éste la acción que le da la ley para *demandar sus bienes á quien quier que los fallen*, sin que obste á ello que la venta se hiciera con licencia judicial ni que se constituyera hipoteca para asegurar la inversión del precio á favor del menor, porque una y otra cosa no eran necesarias para el caso, debiendo además tenerse en cuenta que este último extremo se estableció en beneficio del comprador.» La diferencia es, según hemos dicho, radicalísima y menos favorable á los hijos.

Una importante cuestión precisa investigar referente al beneficio de la restitución *in integrum* consignado en el tít. XIX de la Partida 6.ª Sabemos que es el beneficio que competía, el privilegio que la ley concedía al menor para pedir la revocación de algún acto ó contrato en que hubiera sufrido perjuicio, y que debía ejercitarlo durante el llamado cuadrienio legal, ó sea durante los cuatro años siguientes á su mayor edad. ¿Subsistirá este derecho á favor de los hijos que cumplan veintitrés años después de la publicación del Código respecto de los actos ó contratos celebrados con anterioridad á la misma? Nos inclinamos á la afirmativa. La regla segunda de las disposiciones transitorias dice que «los actos ó contratos celebrados bajo el régimen de la legislación anterior, y que sean válidos con arreglo á ella, surtirán todos sus efectos según la misma;» es decir, que se acomodarán á sus preceptos, y la primera de dichas reglas, aún más esplícita y pertinente para el punto debatido, declara que «se regirán por la legislación anterior al Código los derechos nacidos, según ella, de hechos realizados bajo su régimen, aunque el Código lo regule de otro modo ó *no los reconozca*.» Esto sucede con el beneficio de la restitución *in integrum*. Es un derecho sancionado por la legislación anterior, derivado de todo acto ó contrato celebrado por un menor, y subsistente, por tanto, para todos los otorgados antes de ser ley el Código civil, aunque éste lo haya omitido y no hable nada de él.

El momento desde el que comienza á correr el tiempo para la prescripción del citado beneficio es la mayor edad. Ésta era antes la de veinticinco años y hoy la de veintitrés; y preguntamos: ¿cuál de estas dos ha de servir de tipo ó norma para la indicada prescripción respecto de los menores á quienes alcance dicho beneficio? Creemos con fundamento que será la de veintitrés años.

ya porque el Código reconoce al de esta edad la capacidad para todos los actos civiles y equivale á la de veinticinco, ya también porque la regla 4.ª de las repetidas disposiciones transitorias preceptúa que «si bien las acciones y los derechos nacidos y no ejercitados antes de regir el Código subsistirán con extensión y los términos que reconociera la legislación precedente, se sujetarán en cuanto á su *ejercicio*, duración y procedimientos para hacerlos valer, á lo dispuesto en el Código.

Este beneficio, que competía también á determinadas personas jurídicas, como las Iglesias y los Concejos, conforme á la ley 10 del título XIX de la Part. 6.ª, y aun al Estado, tenía lugar respecto de los asuntos judiciales, según las leyes 1.ª, 2.ª y 3.ª del título XXV de la Part. 3.ª, y asimismo en los actos y ventas judiciales, con arreglo á la sentencia de 12 de Junio de 1863 que disponía que «la restitución del daño causado á los menores tiene lugar aun en los actos judiciales, cesando este privilegio solamente en los casos marcados por las leyes, sin que la circunstancia de traer origen de costas causadas en proceso criminal produzca alteración sustancial respecto al principio consignado, y que las ventas judiciales no están fuera del alcance de la reclamación del menor, si interpuso la demanda para su rescisión dentro del cuadrienio legal, fundado en la lesión enorme que resulta de los remates celebrados para la venta, comparado con el valor en que los bienes vendidos le fueron á él adjudicados.»

Como consideracion última sobre la materia de este artículo, hemos de decir que tratándose del gravamen de los bienes de los hijos, ó sea el contrato de hipoteca, habrá que tener en cuenta lo dispuesto en la sección primera del tít. V de la ley Hipotecaria (artículos 105 al 136).

Derecho vigente.—*Resolución de la Dirección general de los Registros de 5 de Abril de* 1892.—Ha venido siendo doctrina constantemente sostenida por este Centro, en todas sus resoluciones, la de que los padres necesitan autorización judicial para la enajenación de bienes inmuebles pertenecientes al peculio de los hijos no emancipados, así como también para la extinción de derechos reales por cesión de los mismos, renuncia, subrogación, cancelación ó cualesquiera otros de igual naturaleza, doctrina derivada de nuestras antiguas leyes, de los preceptos establecidos en la de Matrimonio civil de 18 de Junio de 1870 y de la ley Hipotecaria,

en lo que se refiere á la inscripción de bienes inmuebles pertenecientes al peculio de los hijos y garantía de sus derechos.

En consonancia con esta doctrina, la ley de Enjuiciamiento civil, supliendo en este punto el silencio de la anterior, en lo que toca á la autorización que debían solicitar los padres, dispuso que fuesen éstos, si existiesen, los que hubieran de pedirla, si bien relevándolos en las enajenaciones que hicieran, una vez obtenida, de las formalidades del avalúo y subasta pública que se exigen en los casos en que no son los padres sino otras personas las que soliciten dicha autorización.

Al definir y declarar el Código civil (art. 164) las facultades de los padres en lo que se refiere á los bienes de los hijos, estableció la prohibición de enajenar los inmuebles en que tengan aquéllos sólo el usufructo ó la administración, á no ser por causas justificadas de utilidad ó necesidad, y previa la autorización del Juez del domicilio con audiencia del Ministerio fiscal, salvas siempre las prescripciones de la ley Hipotecaria en cuanto á los efectos de la transmisión.

La cesión de un crédito hipotecario es un acto de verdadera enajenación, que comprende el derecho accesorio de hipoteca, conforme á lo dispuesto en el cap. VII del tít. IV, libro 4.º del Código civil, por lo cual, bien se considere como tal enajenación ó bien como la extinción de un derecho real perteneciente á los hijos menores, ha de estimarse comprendido en las disposiciones citadas.

En nada se opone la doctrina expuesta á la facultad que tienen los padres para cobrar los créditos que á sus hijos correspondan y expedir los oportunos resguardos, por ser esta facultad distinta de la de enajenar inmuebles ó derechos reales y de la de consentir en la extinción ó cancelación de asientos del Registro, como repetidas veces tiene declarado este Centro.

La sentencia invocada de 21 de Octubre de 1878 no tiene rigurosa aplicación al presente caso; primero, por ser anterior á la ley de Enjuiciamiento civil vigente, en que se estableció la obligación en los padres de pedir la autorización judicial para la enajenación de los bienes de sus hijos, cuyo precepto no existía en la anterior, y segundo, porque según se desprende de su literal contexto, el Tribunal que entendía en los autos ejecutivos para hacer efectivo el crédito hipotecario de los menores, vino en

cierto modo á aprobar la cesión del mismo admitiendo la subrogación hecha al cesionario y adjudicándole en pago la misma finca hipotecada por falta de licitadores en segunda subasta, circunstancias que sin duda se tuvieron en cuenta al dictar el fallo citado y que no se acreditan en el caso sobre que versa el presente recurso.

No habiéndose obtenido la autorización ni la aprobación judicial de la cesión del crédito llevada á efecto por Doña María de Ascacibar, como representante de sus hijos menores, no se la podía considerar autorizada para consentir en la enajenación ó extinción de la hipoteca inscrita á nombre de sus hijos menores.

Esta Dirección ha acordado revocar la providencia apelada y confirmar la nota del registrador.

ART. 165. Siempre que en algún asunto el padre ó la madre tengan un interés opuesto al de sus hijos no emancipados, se nombrará á éstos un defensor que los represente en juicio y fuera de él.

El Juez, á petición del padre ó de la madre, del mismo menor, del Ministerio fiscal ó de cualquiera persona capaz para comparecer en juicio, conferirá el nombramiento de defensor al pariente del menor á quien en su caso correspondería la tutela legítima, y á falta de éste, á otro pariente ó á un extraño.

Concordancias.—Análogo á los artículos 159 y 132 de los proyectos de Código de 1851 y 1882.

PRECEDENTES LEGALES.—*Ninguno.*

COMENTARIO.—Responde el artículo á una necesidad, la de buscar la imparcialidad en caso de oposición de intereses, y tiene su antecedente en la existencia de los llamados curadores *ad-litem* ó para pleitos. Existen, sin embargo, algunas diferencias entre este antiguo cargo y el de defensor de los menores de que habla el Código. Aquéllos tenían por misión principal, como su nombre indica, representar á los hijos en las contiendas judicia-

les contra el padre ó la madre, si bien en ocasiones también los representaban en actos extrajudiciales; los segundos ostentan la representación judicial y extrajudicial de los hijos como indica el mismo artículo. En segundo lugar, el nombramiento de dichos curadores se hacía según la ley de Enjuiciamiento civil (artículos 1.854 á 1.856), ya por el Juez, tratándose de menores de catorce y doce años según su sexo, ya por designación de los menores en comparecencia ante el Juez, si eran mayores de dicha edad, en tanto que, con arreglo al Código, puede hacerse la petición por el padre ó la madre, por el menor cualquiera que sea su edad, por el Ministerio fiscal, ó por toda persona capaz para comparecer en juicio.

Como indican las palabras del artículo, el nombramiento ha de hacerse desde el momento en que en un asunto determinado exista oposición entre los intereses del padre ó madre y los de los hijos; así, en el caso de la herencia, que es el que se presenta de una manera más frecuente, por muerte de uno de los padres, se procederá en seguida al nombramiento de defensor de los hijos, puesto que legalmente representan dos partes contrarias y derechos diversos los del cónyuge supérstite y los de los hijos.

¿Cómo ha de solicitarse y obtenerse el nombramiento? Creemos que bien por escrito ó bien por comparecencia personal ante el Juez del domicilio del menor ó del lugar en que hubiese de promoverse el litigio, al menos por analogía con lo dispuesto en el caso número diez y ocho del art. 63 de la ley de Enjuiciamiento civil sobre el nombramiento de curadores para pleitos. Entendemos también que será práctica conveniente la de que cuando el nombramiento se haga por virtud de petición de persona distinta del menor, éste comparezca ante la presencia judicial para manifestar si tiene algún motivo de queja contra el mismo, á semejanza de lo que disponía el art. 1.842 de la ley de Enjuiciamiento civil respecto á los curadores para bienes.

La designación ha de recaer en pariente á quien en su caso correspondería la tutela legítima, según el art. 211 del Código, por el orden que determina su enumeración: abuelo paterno materno, abuelas paterna y materna, por este mismo orden y mientras se conserven viudas, el mayor de los hermanos varones de doble vínculo, y á falta de éstos, el mayor de los hermanos consanguíneos ó uterinos.

Una duda origina el artículo citado 211. Dice éste en su último párrafo que «la tutela de que trata no tiene lugar respecto de los hijos ilegítimos.» El art. 164 que estudiamos parece referirse á toda clase de hijos, ó por lo menos, no contiene excepción respecto de los de la clase acabada de mencionar. ¿Podrán ser designados defensores de los hijos naturales reconocidos los abuelos ó abuelas, ó los hermanos? En otros términos, ¿podrán éstos excusarse de aceptar tal nombramiento en virtud de la disposición del art. 211? Ateniéndonos á los términos estrictos y literales de ambos artículos, la respuesta tiene que ser negativa en cuanto á la pregunta primera, puesto que el 164 establece que el nombramiento ha de conferirse á parientes del menor á quien en su caso haya de corresponder la tutela legítima, circunstancia que no puede tener lugar respecto de los parientes del hijo natural reconocido, mencionado en los diversos números del artículo 211, en virtud de la prohibición expresa del último párrafo de este mismo artículo. Pero hay otras razones en pro de la doctrina contraria. Se halla, en primer término, la de que el espíritu de la ley es conferir el nombramiento de defensor á los parientes más allegados del menor en atención al mayor cariño é interés que hacia él han de tener, y no á un extraño, y sólo á falta de aquéllos es cuando admite á éste; espíritu que quedaría destruído desde el momento en que se diese al artículo otra interpretación. Es la segunda razón, la de que si bien, con sujeción estricta á las palabras de los artículos objeto de nuestro examen, los parientes de hijos naturales á quienes la ley no permite el ejercicio de la tutela legítima, tampoco pueden ser defensores, y sí los demás no designados para aquélla, resultaría desvirtuada asimismo la intención del legislador, que, como ya hemos indicado, es señalar la preferencia para el ejercicio de dicho cargo en razón directa de la proximidad del grado de parentesco. El legislador, al establecer la prohibición del art. 211, no ha querido otra cosa sino excluir á la familia ilegítima de la participación en la tutela legítima, nada más que en esto, no de otros cargos, propósito que quedaría frustrado con relación al de defensor del menor, ya que en todo caso, y aun con arreglo á los términos del art. 164, pueden desempeñarlo los parientes comprendidos fuera de los grados enumerados en el 211.

El cargo de defensor, ¿es obligatorio é irrenunciable? Dado su

carácter, entendemos que sí, y por esto mismo creemos que podrán excusarse los comprendidos en alguna de las circunstancias enumeradas en el art. 244 del Código, siendo también aplicable lo dispuesto en el 245. Una vez aceptado, será irrenunciable, á no ser por causas de exención posteriores á la aceptación, caso en el que deberán ser admitidas, puesto que así sucede con las de la tutela.

¿Cuándo terminará este cargo? Los términos del artículo indican que su ejercicio no es perpetuo ni permanente. Pruébalo el hecho de que no corresponde ni precisa verificar su nombramiento en tanto que no se presente algún asunto, esto es, uno determinado en que sea necesaria su existencia. De aquí que ésta aparezca en realidad limitada al asunto ó asuntos para los que tuvo lugar la designación, y así lo determinaba la ley de Enjuiciamiento civil en su art. 1.860, cuando decía que la representación de curador para pleitos cesaba luego que hubiese desaparecido la incapacidad para representar á los menores, ó sea una vez terminado el asunto para que fué nombrado, y por tanto, la oposición de intereses.

El artículo concede que puedan solicitar el nombramiento de defensor todos los capaces para comparecer en juicio, que, conforme al art. 2.° de la ley de Enjuiciamiento civil, lo son aquellas personas que se encuentran en la plenitud de sus derechos civiles, es decir, los mayores de edad que no estén sujetos á la interdicción civil ni se hallen comprendidos en ninguna de las incapacidades declaradas por la ley.

ART. 166. Los padres que reconocieren ó adoptaren, no adquieren el usufructo de los bienes de los hijos reconocidos ó adoptivos, y tampoco tendrán la administración, si no aseguran con fianza sus resultas, á satisfacción del Juez del domicilio del menor, ó de las personas que deban concurrir á la adopción.

Concordancias.—Igual al art. 183 del proyecto de 1882.

PRECEDENTES LEGALES.—*Part.* 4.ª, *tit. XVI, ley* 8.ª—A tuerto e sin razon non deue ninguno sacar de su poder á aquel que ouiere porfijado nin lo deue desheredar. Pero si alguno con-

tra esto fiziesse, tenudo es de dar á aquel que porfijó todo lo suyo con que entró en su poder con todas las ganancias que después fizo; sacado el *usofruto que rescibió de los bienes del porfijado de mientra quel tuuo en su poder*.....

COMENTARIO.—Espinoso es el estudio del artículo á causa de su oscura redacción y de las alteraciones sufridas en las dos ediciones oficiales del Código civil. El legislador, obrando revolucionariamente dentro de la esfera gramatical, ha modificado la puntuación del artículo de una á otra edición, introduciendo así más la duda en materia difícil y agria por su propia esencia.

El art. 166 de la segunda edición oficial del Código se encuentra redactado en los términos que quedan antes expuestos, en tanto que el de igual número de la primera lo estaba del siguiente modo: «Los padres que reconocieren y adoptaren no adquieren el usufructo de los bienes de los hijos reconocidos y adoptivos, y tampoco tendrán la administración si no aseguran con fianza sus resultas, á satisfacción del Juez del domicilio del menor ó de las personas que deban concurrir á la adopción.»

El cambio gramatical es evidente, y en su vista preguntamos: ¿Los padres naturales ó adoptivos pueden ó no adquirir el usufructo de los hijos reconocidos ó adoptivos? La obligación de afianzar de que habla el artículo ¿se refiere sólo á la adopción de los bienes ó indica que puede adquirirse el usufructo mediante la constitución de la fianza? Hemos mantenido en anteriores ediciones la afirmativa de la adquisición del usufructo, previa la constitución de la fianza; la vacilante conducta gramatical del legislador, el examen comparativo del art. 166 de las dos distintas ediciones oficiales y la nada clara redacción de la última nos hace dudar en nuestro criterio por la duda que se revela también en el del legislador, quien acaso padeció asimismo de incertidumbre al consignar el precepto. Expondremos, pues, las razones en pro de la opinión afirmativa y negativa.

Habla primeramente á favor de la positiva el precedente legal transcrito justificativo de que no era una novedad en nuestra legislación el usufructo por el adoptante de los bienes del adoptado. La legislación de Partidas estableció el usufructo del adoptante sobre los bienes del porfijado; la ley 8.ª del tít. XVI de la Partida 4.ª atestigua cumplidamente nuestro aserto.

Viene también en apoyo de ésta, la consideración de que siendo el usufructo legal de los padres legítimos una consecuencia de la patria potestad, un derecho derivado de ésta, desde el momento en que se concedió aquélla al adoptante y al padre natural, parecía que éstos debían gozar de ella. Si á esto se agrega que el Código en los epígrafes de los capítulos del título de «Patria potestad», y aun en la mayoría de los artículos, habla genéricamente de los hijos, sin distinguir entre los legítimos, los naturales y los adoptivos, no es aventurado creer que el usufructo alcanza á todos los padres. Es más, la prestación de la fianza de que trata el artículo da calor á dicha creencia porque expresa una gradación, un orden en la preferencia que merecen á la ley el padre legítimo, el natural y el adoptante. En efecto, el padre legítimo goza ante el legislador de confianza absoluta. Por esto le exime en el art. 492 de la prestación de la fianza, deber de todo usufructuario. El padre natural y el adoptante no le ofrecen igual respeto. De aquí concederles el usufructo, derecho inherente á la patria potestad, pero con fianza. Vése bien la diferencia entre un caso y otro, y, en su consecuencia, si no lo cierto, lo racional al menos de la doctrina de la concesión del usufructo al padre natural ó al adoptante con la garantía mencionada.

Del lado de la opinión negativa, ó sea de la no adquisición del usufructo, encuéntranse el recelo, la desconfianza con que el legislador de la mayoría de los países mira la paternidad y filiación natural, y consiguientemente, el espíritu restrictivo que informa las relaciones económicas entre los padres naturales y sus hijos. Los Códigos francés, belga é italiano no dicen nada expresamente sobre el particular, pero los dos primeros sólo hacen extensivas á los padres naturales las disposiciones del título de patria potestad relativas á la corrección de los hijos, y el italiano, que en la patria potestad habla sólo de los hijos legítimos, en su art. 166 niega terminantemente á los padres naturales el usufructo.

La principal razón es el temor de que la concesión del usufructo determine un cambio en el móvil del reconocimiento ó de la adopción, haciendo que sea el interés en vez del cariño. Laurent e defensor de la opinión contraria al usufructo. «No deben los pa dres gozar de éste—dice—porque es una recompensa que la le da al padre y á la madre. Compréndese—añade—que el legisl

dor recompense á los parientes legítimos, pero no que el concubinato se coloque á igual altura que el matrimonio.»

Atendible es la consideración del sabio civilista belga; pero no cabe alegar esa igualdad, cuando al padre natural ó al adoptante se le exigiese fianza, de cuya prestación exime la ley expresamente al padre legítimo.

Estas son las razones generales de la interpretación en los dos sentidos expuestos de la doctrina del art. 166 de nuestro Código. Su redacción, repetimos, no goza de la claridad y la precisión convenientes, á diferencia del art. 166 del Código portugués, declarativo en su párrafo segundo de que «los padres no tendrán á su favor el usufructo de los bienes que pertenezcan á los hijos reconocidos» y el 374 del holandés, cuyo texto es el siguiente: «Los padres de los hijos naturales, aun de los legalmente reconocidos, no tienen derecho al usufructo de los bienes que éstos posean.»

El art. 166 merece y exige, por tanto, otra redacción. De considerar que el precepto de la constitución de la fianza es común al usufructo y á la administración, y que, por consiguiente, los padres pueden adquirir uno y otra, el artículo debiera decir así: «Los padres naturales y el adoptante adquirirán el usufructo y la administración de los bienes de los hijos que reconocieren, ó del adoptado si prestan fianza suficiente para asegurar sus resultas á satisfacción del Juez del domicilio del menor, ó de las personas que deban concurrir á la adopción.»

Si, por el contrario, se entiende ó se quiso consignar que sólo debía ser concedida la administración, nunca el usufructo, el artículo podía redactarse del siguiente modo: «Los padres naturales y el adoptante no adquieren el usufructo de los bienes de los hijos reconocidos ó del adoptado. No tendrán tampoco la administración si no aseguran con fianza sus resultas á satisfacción del Juez del domicilio del menor, ó de las personas que deban concurrir á la adopción.»

El derecho de administración que el Código concede al adoptante y á los padres naturales, es un derecho condicional, puesto que su existencia depende de la constitución de la fianza, la cual, según el mismo artículo, queda al arbitrio del Juez. Y si los que deben constituirla no tienen bienes suficientes para ello, ¿quién gozará de la administración? El padre legítimo no puede

adquirirla porque la ha perdido por virtud de la adopción. No procede la tutela legítima, porque ésta, conforme al art. 199, sólo atañe á los que no se encuentran bajo la patria potestad, y aquí lo están, tanto el adoptante como el hijo natural; además, respecto de éste, no tiene lugar dicha tutela, como declara el párrafo último del art. 211. No vemos otra solución que el nombramiento de un administrador y el cumplimiento de las disposiciones que el art. 494 establece para el caso en que el usufructuario no preste la correspondiente fianza, ó sea poner los inmuebles en administración, vender los muebles, convertir los efectos públicos, títulos de crédito nominativos ó al portador, en inscripciones, ó depositarlos en un Banco ó establecimiento público, é invertir los capitales metálicos y el precio de la enajenación de los muebles en valores seguros.

A más de esta obligación especial de afianzar, tendrán las generales de todo administrador mencionadas en el art. 163 y que damos aquí por reproducidas.

Extraña cómo el legislador no ha proclamado la igualdad de derechos y deberes entre los adoptantes y padres naturales y los legítimos, obligando á éstos á constituir hipoteca sólo cuando pasasen á segundas ó posteriores nupcias y tuviesen bienes suficientes para ello, según expresa el art. 203 de la ley Hipotecaria, concediéndoles, no obstante, el usufructo ó administración; pero el temor de que verificasen la adopción ó el reconocimiento movidos sólo por el deseo de obtener tales derechos, es lo que sin duda ha guiado al legislador á establecer la restricción de la fianza. No determina el artículo la clase; basta que satisfaga respectivamente al Juez del domicilio del menor en el caso del hijo natural, ó á las personas que deban concurrir á la adopción de éste, pero es indudable que nunca se estimará suficiente la meramente personal.

CAPÍTULO IV

DE LOS MODOS DE ACABARSE LA PATRIA POTESTAD

La patria potestad, como poder tuitivo encaminado á suplir la insuficiencia intelectual del sometido á ella, ha de terminar cuando fallezcan las personas, sujeto y fin de la relación jurídica que determina, ó una de ellas, ó cuando se considere cumplido su objeto por llegar el menor á la edad en que se presume completo el desenvolvimiento de su inteligencia.

Ha de cesar también cuando las personas á cuyo favor establece la ley el poder paterno, desnaturalicen éste, convirtiéndole de facultad de cariño en instrumento de crueldad, de regla de conducta sana y moral en enseñanza perniciosa de vicio ó corrupción.

Á estos fundamentos responden los diversos modos de acabarse la patria potestad contenidos en el capítulo, cuya naturaleza y efectos expondremos en su respectivo comentario.

ART. 167. La patria potestad se acaba:

1.° Por la muerte de los padres ó del hijo.

2.° Por la emancipación.

3.° Por la adopción del hijo.

Concordancias.—Análogo á los artículos 160 y 134 de los proyectos de Código de 1851 y 1882.

PRECEDENTES LEGALES.

Caso 1.°—*Part.* 4.ª, *tit. XVIII, ley* 1.ª—Por muerte natural se desfaze el poderío, que ha el padre sobre el fijo: ca luego que muere el padre, finca el fijo por si. Pero esto se deue entender desta manera; si este que murio, era ya salido de poder de su padre. Ca si de su poder non fuesse salido, maguer el muriesse, fincarían los fijos en poder de su abuelo, bien assi como lo eran quando era biuo su padre. Mas si muriesse alguno que ouiesse fijos, o nietos, que estouiessen en su poder, luego quel es muerto, finca el su fijo en poder de si mismo, e los nietos del muerto tornanse en poder de su padre.

Caso 2.°—*Part.* 4.ª, *tit. XVIII, ley* 15.—*Emancipatio* es otra manera, sin las que diximos de suso, porque salen los fijos de poder de sus padres. E fazese de esta guisa. Ca deue venir el padre, con aquel fijo que quiere sacar de su poder, antel Juez, que es dado para todos los pleytos, a que llaman en latin *Ordinarius*. E seyendo ambos delante del Juez, el padre, e el fijo, deue dezir el padre, como lo saca de su poder, e el fijo otorgarlo. E por esta razon, quel saca de su poder, puede el padre retener para si, de los bienes auenticios del fijo, la meytad del vsofruto. E esta meytad siempre se entiende que la puede auer por gualardon, porque lo saco de su poder; fueras ende, si señaladamente gela quitasse.

Nov. Recop., lib. X, tit. V, ley 3.ª (*Ley* 47 *de Toro.*)—El hijo casado e velado sea habido por *emancipado* en todas las cosas para siempre.

Ley de m. civil, art. 64, *pár.* 2.°—Se reputará emancipado el hijo legítimo desde que hubiere entrado en la mayor edad.

Caso 3.°—*Part.* 4.ª, *tit. XVI, ley* 9.ª—De suso en las leyes sobredichas mostramos la fuerça que ha el porfijamiento que es fecho por arrogacion. E agora queremos mostrar otrosi la fuerça que ha el porfijamiento, que es fecho por adopcion. E dezimos, que si alguno diesse a su fijo a porfijar, a tal ome que non fuesse abuelo del moço, o bisabuelo de parte de su padre, nin de su madre; el que es porfijado desta manera, no pasa a poderio de aquel que le porfija. Pero de tal porfijamiento como este siguesse

este pro al porfijado; que heredara todos los bienes de aquel quel porfijo, si muriere sin testamento, e non ouiere otros fijos; ca si los ouiere, partira con ellos, e aura su parte como qualquier dellos. Mas con todo esto, non se entiende que heredara por esta razon en los bienes de los fijos, nin de los otros parientes del porfijador.

Part. 4.ª, *tit. idem, ley* 10.—Emancipado es dicho todo ome que es salido de poder de su padre, a plazer del. E si por auentura tal ome como este diesse a porfijar su fijo, que ouiesse en su poder, a su abuelo; quier fuesse de parte de su padre, quier de su madre, de aquel a quien porfijasse; cayria lleneramente este porfijado atal, en poder de aquel quel porfijasse, para auer todos los derechos, que fijo natural deue auer en los bienes de su padre, de quien fuesse engendrado; tambien para ser criado en ellos, como para heredarlos. E esto es por dos fuerças de derecho, que se ayuntan en tal porfijamiento como este que es fecho por adopcion. La vna por la naturaleza, e el linage que ha el porfijado. La otra es, por el establecimiento de las leyes, que otorgaron a los omes poder de porfijar. Pero si el abuelo, ó bisabuelo sacasse de su poder á este moço sobredicho, tornasse despues en poder de su padre.

Casos varios.—*Exposición ó abandono de los hijos.—Fuero Juzgo, lib. IV, tít. IV, ley* 1.ª—Si algun omne tomar el ninno ó la ninna echada, é lo criar, é los padres le connocieren despues; si los padres son omnes libres den un siervo por el fiio ó el precio. E si lo non quisieren facer, el juez de la tierra los deve facer redemir el fiio que echaron; é los padres deven seer echados por siempre de la tierra. E si non ovieren de que lo puedan redemir, aquel que lo echó sea siervo por él. Y este pecado ó quier que sea fecho en toda la tierra, el juez lo deve acusar é penar.

Fuero Real, lib. IV, tít. XXIII, ley 1.ª—Si algun niño ó otro de mayor edad fuese desechado por su padre ó por otro, sabiéndolo él, é consintiéndolo su padre, no haya más poder en él, ni en sus bienes, ni en vida ni en muerte: y esto mesmo sea de madre ó de otro cualquier que lo habie en poder.

Dignidad ó empleo del hijo.—Part. 4.ª, *tit. XVIII, ley* 7.ª—Señaladamente son establecidas doze maneras de Dignidades, que por cada vna dellas sale el fijo de poder de su padre. La primera dellas es, quando el Emperador, o Rey elige a alguno

por su Consejero. Ca luego que tal eleccion es fecha, e el Emperador, ó el Rey lo faze saber a aquel que eligen; o diziendogelo el mismo por palabra, o embiandogelo dezir por algund ome, o por su carta; sale porende de poder de su padre. E a tal Consejero como este llaman en latín *Patricio*, que es assi como padre del Príncipe. E este nome tomaron a semejança del padre natural. Ca assi como el padre se mueue segund natura, a aconsejar a su fijo lealmente, catandol su pro, e su honrra, mas que otra cosa; assi aquel por cuyo consejo se guia el Príncipe, lo deue amar, e consejar lealmente, e guardar la pro, e la honrra del Señor, sobre todas las cosas del mundo; nin catando amor, nin desamor, nin pro, nin daño, que se le puede ende seguir. E esto deuen fazer sin lisonja ninguna, non catando si le pesara, ó si le plazera; bien assi como el padre non lo cata, quando aconseja á su fijo. Otra honrra muy grande ha avn el Consejero del Príncipe, sin la qne de suso diximos; quel llaman assi como padre: ca en la corona del Emperador escriuen el nome de tal Consejero porque sepan los omes, por cuyo consejo se guia.

Part. idem, tit. idem, ley 8.ª—*Proconsul* es la segunda manera de Dignidad, que saca al fijo de poder de su padre; que quier tanto dezir, como Juez general de la Corte del Emperador, o del Rey, que es escogido, e embiado, para mantener el fuero, e en derecho alguna Prouincia. La tercera manera es, cuando eligen alguno para Prefecto pretorio; que quier tanto dezir como Adelantado mayor de la Corte, que es puesto como logar del Rey, e que es mayor que todos los otros Officiales, para judgar, e librar en ella todos los pleytos del Reyno, e las alçadas de los Juezes de la Corte, que vinieren antel. E este atal es puesto en tan honrrada Dignidad, ca assi como non pueden apelar de la sentencia que da el Emperador, o el Rey, bien assi non pueden alçarse de la que diesse este atal; mas puedenle pedir merced, que vea, o emiende su sentencia, si quisiere.

Part. idem, tit. idem, ley 9.ª—*Præfectus Urbis* quier tanto dezir en romance, como el mayor Juez de la Cibdad de Roma, o de otra Cibdad qualquier, que es cabeza del Reyno. E es la cuarta Dignidad, por que sale el fijo de poder de su padre. E este atal puede conoscer de todos los pleytos de la Cibdad, e de su termino; tambien judgando, como faziendo justicia de muerte, o de perdimiento de miembro, en aquellos que fizieren cosa por que

merezcan tal pena. La quinta Dignidad por que sale ome de poder de su padre, es cuando eligen alguno por Prefecto de Oriente; que quier tanto dezir, como Adelantado mayor de toda la tierra de Oriente.

Part. idem, tit. idem, ley 10.—*Questor* es llamada la sexta Dignidad, por que sale ome de poder de su padre; que quier tanto dezir, como ome que ha de recabdar todos los pechos, e las rentas del Rey; non como arrendador, mas como Oficial de la Corte del Rey, en que mucho se fia. E avn y ha otra Dignidad, a que llaman otrosi *Questor;* que quier tanto dezir, como aquel que ha de leer delante del Emperador, o del Rey, las cartas de poridad que le embian, e las quel embia. E otrosi, el que ha de leer ante ellos, las leyes que fazen nueuamente, ante que sean publicadas.

Part. idem, tit idem, ley 11.—La setena Dignidad por que sale ome de poder de su padre, es cuando eligen alguno por Maestro de Caualleria; que quier tanto dezir, como ome que es puesto por Cabdillo, o por Maestro de los Caualleros del Emperador, o del Rey, a que llaman en romance Alferez...

Part. idem, tit. idem, ley 12.—*Patronus Fisci* tanto quier dezir en romance, como ome que es puesto para razonar, e defender en juyzio todas las cosas, e los derechos, que pertenescen a la Camara del Rey. E esta es la ochaua Dignidad, por que sale el fijo de poder de su padre. La nouena Dignidad por que sale el fijo de poder de su padre, es llamada en latin *princeps agentium in rebus;* que quier tanto dezir en romance, como Mayordomo, o Proueedor de la Corte del Emperador, o del Rey, o de su compaña. E a este atal deuen dar cuenta todos los Oficiales que las rentas del Rey resciben ó despienden.

Part. idem, tit. idem, ley 13.—*Magister sacri scrinii libellorum* es la dezena Dignidad, por que sale el fijo de poder de su padre: que quier tanto dezir en romance, como Chanceller. E este ha de tener en guarda los sellos del Emperador, o del Rey, e las arcas de los escritos de la Chancelleria. E deue ver, e examinar, todas las cartas que vinieren á la Chancelleria, ante que las sellen; e las que entendiere que son derechureras, deuelas mandar sellar, e las otras chancellarlas. E porende llaman a este atal, Chanceller; porque el ha de chancellar, e de emendar las cartas que vinieren á la Chancelleria, segund, que es dicho. E a este deuen obedescer los Notarios, e los Escriuanos de la Corte. Pero el

Chanceller non puede dar por si priuilegio, nin carta de gracia, nin notarla, nin mandarla fazer, sin mandado del Rey; assi como diximos en la tercera Partida, en el Título de las Escrituras, en las leyes que fablan en esta razon.

Par. idem, tit. idem, ley 14.—La oncena Dignidad porque sale el fijo de poder del padre, es llamada en latin *Magister scrinii memoria Principis;* que quier tanto dezir, como Notario del Emperador, o del Rey, que faze notar, e registrar los priuilegios, e las cartas que salen de la Corte; otrosi las que embian de otra parte, que manda el Rey registrar, por auer remembrança dellas, si menester fuere. E otrosi este atal deue fazer notar todos los pleytos grandes, que se libraren ante el Rey, o antel Prefecto Pretorio. La dozena Dignidad es, quando esleyen alguno para Obispo. E estas doce Dignidades sobredichas, por las quatro dellas salen los fijos de poder de sus padres, tan solamente por la eslecion, rescibiendo las letras della, e consintiendo; maguer non vse del Oficio que pertenesce a aquella Dignidad, por que le esleyeron. E son estas; como si le esleyessen para Patricio, o para Consul, o para Prefecto Pretorio, o Obispo. Mas en las otras Dignidades non seria assi, si non vsasse primeramente del Oficio que pertenesce a la Dignidad, por quel esleyeron. E de cada vno destos Oficiales (que son llamados dotra guisa segund costumbre de España) fablamos complidamente en la segunda Partida deste libro, en las leyes que fablan en esta razon.

Part. 4.ª, *tit. XX, ley* 4.ª—Verguença ó crueleza ó maldad mueue á las vegadas al padre ó la madre en desamparar los fijos pequeños, echandolos á las puertas de las Eglesias, é de los Ospitales, é de los otros lugares: é despues que los han assi desamparado, los omes buenos ó las buenas mugeres que los fallan mueuense por piedad, é lleuanlos dende, é crianlos, é danlos á quien los crie. E porende dezimos, que si el padre ó la madre demandare á tal fijo ó fija despues que lo á echado é lo quier tornar en su poder, que lo non puedan fazer. Capor tal razon como esta pierde el poderio que auia sobrel; fueras ende, si otro alguno lo echasse sin su mandado é sin su sabiduria. Casi los demandassen luego que lo supiessen, dezimos, que gelos deuen dar, tornando el padre ó la madre las despensas á aquellos que lo criaron si lo quisieren demandar; pero si los que criaron estos tales se mouieron á fazerlo por amor de Dios con entencion de non rescebir ot

gualardon, non son tenudos los padres de tornarle las despensas que fizieron los que los criaron por razon de criança.

COMENTARIO.—Las tres causas que señala el Código como determinantes de la extinción de la patria potestad se encontraban ya en el derecho derogado, si bien existen algunas diferencias entre las dos legislaciones, la moderna y la antigua. Cierto es que, según ésta, acababa la patria potestad por muerte del padre, pero era en el caso, como dice la ley 1.ª del tít. XVIII de la Partida 4.ª, de que éste hubiese ya salido de poder del suyo, pues de no ser así, *fincarien* los hijos en poder de su abuelo. Por este motivo la emancipación tenía lugar por voluntad del padre ó por el matrimonio, conforme á la ley 47 de Toro, no por la mayor edad, hasta que el art. 64 de la ley de Matrimonio civil destruyó principio tan poco jurídico como nada científico. En cuanto á la adopción, sólo producía el efecto de la pérdida de la patria potestad cuando el adoptante era ascendiente del adoptado (Partida 4.ª, tít. XVI, ley 10), siendo así que ahora el Código no acepta distinción alguna.

A más de estos modos de terminar la patria potestad, existían otros dos: la adquisición por el hijo de alguna dignidad ó el ejercicio de algún cargo ó empleo que llevase cierta jerarquía, y el abandono de los hijos. Y no se crea que eran modos nominales, si vale la frase, y caídos en desuso, sino efectivos y vigentes, como lo demuestran dos sentencias, la de 18 de Septiembre de 1865 y 11 de Mayo de 1866, concebidas respectivamente en estos términos: «Según dispone la ley 4.ª, tít. XX, Part. 4.ª, para que el padre ó la madre pierdan el poderío que han sobre sus hijos, es necesario que por vergüenza ó crueldad ó maldad los desamparen siendo pequeños, echándolos á las puertas de las Iglesias ó de los Hospitales, ó de los otros lugares; y que una vez así abandonados, no pueden después volverlos á su poder. Esta ley, como de carácter personal y odioso, debe aplicarse según sus literales palabras, sin dar á éstas una extensión mayor de la que en sí tienen.» «El empleo ó cargo público—dice la de 11 de Mayo de 1866—que confiere jurisdicción y atribuciones que imponen al que lo ejerce la responsabilidad personal de sus actos, le exime de la patria potestad, porque sujetándole ésta á la voluntad de otro, obstaría al libre desempeño de aquél, pro-

duciéndose una incompatibilidad legal. La sentencia que falla contra estos principios, infringe la doctrina legal de que el hijo se considera emancipado cuando obtiene cargos públicos que llevan aneja jurisdicción.»

¿Subsistirán estas causas? No. El Código no las admite. Era muy poco acomodado á principios racionales el que un hecho extraño á la vida de la familia (cargo ó empleo), viniese á cortar las relaciones jurídicas existentes entre padres é hijos. Respecto al segundo modo (abandono de las leyes), adquiriéndose la patria potestad solo por el matrimonio, el reconocimiento ó la adopción, el que no se encuentre en posesión de alguno de estos títulos no puede oponerse á la acción reivindicatoria de la patria potestad, por decirlo así, que compete á los padres siempre y constantemente, en virtud del título de la paternidad, imprescriptible por su propia naturaleza. Esto no obstante, el pretendido padre debera probar la filiación del supuesto hijo en un juicio ordinario de mayor cuantía.

Terminadas estas ligeras consideraciones de comparación entre el antiguo y nuevo derecho, examinemos cada una de las circunstancias que expone éste.

Es la primera la muerte de los padres ó del hijo. El fallecimiento de éste produce la pérdida total de la patria potestad. En cuanto á los padres, sólo en el caso de que mueran ambos, como indica el artículo. Si fallece uno de ellos, la patria potestad recae en el otro, á no hallarse éste comprendido en alguno de los casos que, comunes á los dos, enumeran los artículos 169, 170 y 171, y en especial para la mujer señalan el 168 y el 172.

Muertos ambos padres, los hijos quedarán sometidos á la tutela, y esto sucederá también cuando habiendo fallecido uno de ellos, el sobreviviente se encuentre dentro de las disposiciones de los artículos siguientes. No indica otra cosa el art. 199 al declarar que «el objeto de la tutela es la guarda de la persona y bienes, ó solamente de los bienes de los que, *no estando bajo la patria potestad*, son incapaces de gobernarse por sí mismos.»

Lo expuesto es extensivo en general á los hijos legítimos y á los naturales; pero en cuanto á éstos hay que hacer algunas observaciones especiales. Puede haberlo reconocido uno solo de los padres, ó los dos, y éstos ya conjunta, ya separadamente. Si no ha reconocido uno, con él muere también la patria potestad. A

lo han reconocido ambos, continúa ejerciéndola el supérstite. Si lo han reconocido conjuntamente, es decir, á un mismo tiempo, en una misma fecha, como quiera que corresponderá ejercerla primero á uno de ellos, si muere éste pasará al otro. Y si la madre ha reconocido al hijo antes que el padre y después lo efectúa éste, ¿seguirá aquélla con la patria potestad, ó pasará su ejercicio al padre? ¿Será preferido siempre éste, como sucede con los hijos legítimos? No lo creemos así. Goza el padre de preferencia en la familia legítima porque, como dice Laurent, tiene la autoridad marital y es el jefe de la misma, cosa que no sucede en la ilegítima; y por tanto, no hay motivo para aplicar una misma regla cuando los casos son diversos. En el matrimonio, el marido y la mujer constituyen una nueva personalidad, una nueva entidad en la que el esposo tiene la supremacía: más que esto, una verdadera hegemonía en todas las esferas de su vida; no existiendo matrimonio, cada uno de los padres supone una personalidad distinta é independiente, con derechos propios y peculiarísimos sin ninguna relación entre sí. Además, conviene tener en cuenta que si el marido goza de preeminencia en el matrimonio, es porque la mujer, desde el momento en que se casa, sufre una verdadera *capitis diminutio;* no puede contratar, ni personarse en juicio sin licencia del marido, y no pudiendo representarse á sí misma, mucho menos ha de poder representar al hijo. Esto incumbe al marido, cuya capacidad jurídica absorbe la de la mujer y la del hijo.

Nada de esto sucede en el caso de los padres naturales. La madre tiene igual capacidad antes y después del reconocimiento del hijo por el padre y no sufre restricción alguna en ella por virtud de tal hecho. La mujer, en este caso, puede ostentar su representación y la de su hijo. Por otra parte, el Código funda exclusivamente la patria potestad de los hijos naturales en el hecho del reconocimiento, de modo que el que antes lo verifique debe ser preferido, por el principio jurídico de que el primero en el tiempo es el mejor en el derecho. Así, si la madre ha reconocido á un hijo y después lo verifica el padre, ¿en virtud de qué razón legal se le ha de desposeer de su derecho? No hay ninguna que justifique tal precepto, que constituiría una verdadera expoliación. Esta es la doctrina que ha admitido también la jurisprudencia francesa, supliendo el silencio del Código de Napoleón.

Únicamente cuando el padre y la madre viviesen de consuno, hiciesen vida marital, es cuando el padre adquiriría cierta preponderancia moral más que legal sobre la madre, pues dicha vida vendría á implicar por parte de ésta una renuncia de sus derechos que subordinaba á los del padre. Aquí ya hay una familia, en sentido estricto, un hogar, un matrimonio *ilegítimo*, aunque la frase sea atrevida, que lleva siempre consigo la preferencia del varón. En resumen: creemos que el padre y la madre natural tienen derechos iguales en *el ejercicio* de la patria potestad, fundándose de todo caso la preeminencia de dicho ejercicio, en la prioridad del reconocimiento, mejor que en la diversidad de sexos.

La emancipación es un concepto genérico que envuelve tres especies de la misma, según determina el art. 314, á saber: matrimonio del menor, mayoría de edad y concesión del padre y de la madre. No son idénticos los efectos de una y otra emancipación en cuanto á los derechos que por ella adquiere el hijo. Es completa aquélla por la mayor edad; pero en los otros dos casos la capacidad jurídica del hijo se encuentra limitada respectivamente por las restricciones de los artículos 59 y 317, que no permiten al hijo tomar dinero á préstamo, gravar ni vender bienes inmuebles sin consentimiento de los padres.

En cuanto á la adopción, se halla confirmado el precepto por el último párrafo del art. 177, que establece que el adoptado conservará los derechos que le corresponden en su familia natural, á *excepción de los relativos á la patria potestad*. En este caso, la extinción de un derecho dá lugar al nacimiento de otro. El padre natural pierde la patria potestad para adquirirla en su lugar el adoptante.

Vamos á examinar dos casos de importancia, como son los de si cesa la patria potestad por la pérdida de la nacionalidad de los padres (respecto de los hijos no puede tener lugar, puesto que sólo les está permitido este cambio cuando lleguen á la mayor edad), y por la profesión religiosa de los padres ó del hijo.

En el primer caso, creemos que sí, puesto que la renuncia de una nacionalidad lleva consigo la de todos los derechos que la misma concede, tanto políticos como civiles, y consiguientemente de los relativos á la patria potestad. No obsta á esto que el ar-

tículo del Código establezca la igualdad de derechos entre españoles, porque esto no siempre puede ocurrir. Así, si unos padres españoles adquieren la nacionalidad francesa, claro es que sus derechos sobre los bienes de los hijos han de ser los que corresponden con arreglo á la legislación de dicho país, no los de la española. La igualdad tan absoluta al parecer de que habla el artículo 27, es, por tanto, relativa; de lo contrario, habría que admitir vigentes á un mismo tiempo, y respecto de una misma persona, dos legislaciones diversas, dos estatutos. Será, sí, aplicable todo aquello que no afecta á lo propiamente personal; por ejemplo: lo dispuesto en los artículos 156 y 157, en cuanto al auxilio de la autoridad gubernativa para la corrección de los hijos.

Igual criterio tenemos en cuanto á la profesión religiosa y tratándose de padres casados canónicamente. Dicha profesión es causa de divorcio, como indicamos en el lugar oportuno (véase *Matrimonio. Divorcio*), y una vez declarado éste, no hay más remedio que aceptar la consecuencia: si no de derecho, pierde de hecho el profeso el poder paternal, por la imposibilidad de ejercerle. ¿Cómo el profeso ha de tener á sus hijos en su compañía, representantes en juicio, y gozar del usufructo ó de la administración de los bienes? Lo mismo decimos del hijo; si éste profesa, ¿cómo va á vivir en compañía de sus padres, prestarles obediencia y ser corregido por ellos? La patria potestad supone la vida común del hijo con sus padres, y el profeso abandona el hogar. Y la ley da tanta importancia al hecho de vivir el hijo con sus padres, que en el art. 160 declara *emancipado* al hijo que viviere con independencia de los padres, en virtud del consentimiento de éstos. Ahora bien: si los padres otorgan su consentimiento al hijo para ingresar en religión, y la profesión lleva consigo el vivir fuera de la familia, ¿no es caso análogo al del art. 160? Nosotros así lo creemos, y deducimos consecuencia igual. En realidad, más que pérdida del derecho es una suspensión necesaria é inevitable de su ejercicio. Decimos esto, porque no se desatan los vínculos de familia; pues el característico de la misma, como es el de la herencia, permanece subsistente, dado que el art. 745 no excluye de la sucesión á los religiosos.

En último lugar estudiaremos los efectos del término de la patria potestad respecto de la hipoteca y de la fianza constituída por los padres ó el adoptante.

Tocante á la hipoteca, la ley correspondiente contiene preceptos expresos. El art. 164 expresa que «las hipotecas legales subsistirán hasta que se extingan los derechos para cuya seguridad se hubieran constituído, y se cancelarán en los mismos términos que las voluntarias.» El 79 declara, en su caso 2.°, que podrá pedirse y deberá ordenarse la cancelación total «cuando se extinga por completo el derecho inscrito,» entendiéndose esto respecto de la hipoteca legal, conforme al núm. 2.° del 67 del Reglamento de la misma ley, «luego que cesa el motivo de ella.»

La cancelación habrá de hacerse en los términos prevenidos en el art. 82 de la ley, que copiamos en lo pertinente. «Las inscripciones ó anotaciones preventivas, hechas en virtud de escritura pública, no se cancelarán sino por providencia ejecutoria contra la cual no se halle pendiente recurso de casación, ó por otra escritura ó documento auténtico, en el cual exprese su consentimiento para la cancelación, la persona á cuyo favor se hubiere hecho la inscripción ó anotación ó sus causahabientes ó representantes legítimos. Las hechas en virtud de mandamientos judiciales no se cancelarán sino por providencia ejecutoria que tenga las circunstancias indicadas en el párrafo anterior.» Aparte de estas reglas generales sobre la cancelación, existe la especial sobre hipotecas legales del art. 73 del Reglamento, que dice así: «Los Registradores no cancelarán ninguna inscripción procedente de hipoteca legal hecha por mandato de Juez ó de Tribunal, sino en virtud de otro mandamiento. Los Jueces ó Tribunales no decretarán dichas cancelaciones sino después de acreditarse ante ellos la extinción de la responsabilidad asegurada con la fianza ó el cumplimiento de las formalidades que con arreglo á la ley serán necesarias, según los casos, para enajenar, gravar ó liberar los inmuebles hipotecados. «Cuando la hipoteca legal se haya inscrito sin mandato judicial, el Registrador no la cancelará ni hará otra inscripción por cuya virtud quede de derecho cancelada, sin que del instrumento público que para ello se le presente resulten cumplidas las formalidades á que alude el párrafo anterior.»

Como reglas de interpretación y de aplicación de la doctrina sobre cancelación de hipotecas, merecen citarse las de varias sentencias que exponemos á continuación:

Sentencia de 7 *de Febrero de* 1868.—El art. 83 (1), al establecer en su párrafo 3.° que si procediese la cancelación de una inscripción ó anotación constituída por escritura pública, y no consintiese en ella aquel á quien perjudique, podrá el otro interesado *demandarlo en juicio* ordinario, supone necesariamente que este punto no haya sido objeto de controversia jurídica, porque si esto se ha verificado no es aplicable, ni puede, por consiguiente, utilizarse en casación contra la providencia que lo terminó el citado precepto legal, puesto que ya está decidido lo que se pretende al invocar que se decida en otro juicio.

Sentencia de 20 *de Marzo de* 1873.—Según el art. 83 de la ley Hipotecaria, si constituída la inscripción ó anotación por escritura pública procediese su cancelación y no consintiere en ello aquel á quien ésta perjudique, podrá el otro interesado demandarlo en juicio ordinario.

Sentencia de 9 *de Mayo de* 1873.—El art. 83 de la ley Hipotecaria autoriza á reclamar contra una inscripción ó anotación constituída por providencia judicial, debiendo el Juez ó Tribunal dictar la cancelación cuando sea procedente, aunque no consienta en ella la persona á cuyo favor se hubiese hecho.

Sentencia de 29 *de Noviembre de* 1876.—Previniéndose en los artículos 82 y 83 de la ley Hipotecaria que las inscripciones hechas en virtud de escritura pública no se cancelarán sino por providencia ejecutoria contra la cual no se halle pendiente recurso de casación, es claro que hasta que recaiga dicha sentencia firme en el pleito que es objeto del recurso no puede ejecutarse la cancelación.

Sentencia de 7 *de Junio de* 1882.—Conforme al art. 82 de la ley Hipotecaria, «las inscripciones hechas en virtud de escritura pública no se cancelarán sino por providencia ejecutoria contra la cual no se halle pendiente recurso de casación, ó por otra escritura ó documento auténtico en el cual exprese su consentimiento para la cancelación la persona á cuyo favor se hubiere hecho la inscripción ó sus causahabientes ó representantes legítimos.»

En cuanto á la fianza de que habla el art. 166 respecto de los padres adoptantes ó de naturales, no existe disposición expresa en el Código sobre el particular. Sin embargo, como quiera que

(1) Hoy 82.

su constitución se hace con aprobación judiciál, entendemos que la extinción ha de obtenerse de aquel modo, solicitándolo del Juez que la hubiera mandado constituir, creyendo también que por analogía y á falta de otros expresos, les serán aplicables las disposiciones citadas sobre cancelación de hipotecas legales.

ART. 168. La madre que pase á segundas nupcias pierde la patria potestad sobre sus hijos, á no ser que el marido difunto, padre de éstos, hubiera previsto expresamente en su testamento que su viuda contrajera matrimonio y ordenado que en tal caso conservase y ejerciese la patria potestad sobre sus hijos.

Concordancias.—Igual al art. 126 del proyecto de Código de 1882.

PRECEDENTES LEGALES.—*Fuero Juzgo, lib. IV, tit. II, ley* 14 (*antigua*).—Si el padre *no casa despues de la muerte de la muger*, los fijos finquen e su poder con todas sus cosas fasta que casen..... é si el padre se casare los fijos que sean en poder dotro con toda su buena, e non en poder del padre.

Fuero Juzgo, lib. idem, tit. III, ley 3.ª—Si el padre fuere muerto, la madre deve aver los fiios de menor edad en su guarda, si ella quisiere *e si non casare...*

Part. 6.ª, *tit. XVI, ley* 4.ª—El que fuere dado por guardador de huerfanos, non deue ser mudo, nin sordo, nin desmemoriado, nin desgastador de lo que ouiere, nin de malas maneras. E deue ser mayor de veynte e cinco años; e varon, e non muger. Fueras ende, si fuesse *madre*, o auuela, que fuesse dada por guardador dellos. *Ca estonce, tal muger* como sobre dicha es, *si prometiere* en mano del Rey o del Juez del lugar do son los huerfanos, *que demientra* que *los moços touieren en guarda, que non casara;* e otrosi, si renunciare la defension que el derecho otorga a las mugeres que non se puedan obligar por otri; estonce bien le puede otorgar la guarda de sus fijos, o de sus nietos, segun que es sobredicho. E la razon, por que defendemos que *non case* de mientra

que los moços touiere en guarda, es esta: porque podria acaescer, que por el gran amor que auria a su marido que tomasse de nueuo, non guardaria tambien las personas, nin los bienes de los moços, o faria alguna cosa que se tornaria en gran daño dellos. E otrosi, si non renunciasse la defension sobre dicha, dubdarian los omes de mercar, e de fazer pleyto con ella maguer ouiesse menester de lo fazer por guarda, o por acrescentamiento, o por pro de los bienes de los moços. E deue el guardador ser establescido por mandado del padre, o del auuelo; o por otorgamiento de las leyes, assi como por parentesco, o por mandamiento de los Juzgadores, assi como de suso diximos.

Part. idem, tit. idem, ley 5.ª—*Casando la madre* de mientra que sus fijos touiesse en guarda, segun diximos en la ley ante desta, el Juez del lugar do acaesciere, deue sacar los moços luego de su guarda, e de su poder e darlos a alguno de sus parientes de los moços, al mas cercano que ouieren, que sea ome bueno, e sin sospecha, e que non sea de aquellos a quien defiendan las leyes deste nuestro libro, que non lo pueda ser. E si el Juez fallare, que alguna cosa deue dar la madre a los moços por razon de sus bienes que touo en guarda, o por otra manera cualquier, fincan por ende obligados tambien los bienes della como los de aquel que caso con ella.

COMENTARIO.—La doctrina del artículo, si bien referente á la tutela no á la patria potestad, tiene precedentes en nuestro derecho. El legislador ha creído acaso dignos de tener en cuenta los motivos expuestos en la ley 4.ª del tit. XVI de la Part. 6.ª, y no ha vacilado en consignar su precepto, estableciendo una sola excepción, la de que el marido ordene de una manera expresa en su testamento que aunque su viuda contraiga segundas nupcias ha de conservar la patria potestad sobre sus hijos.

El precepto es hijo del recelo con que el legislador mira no sin razón las segundas nupcias de la madre, en cuanto afecta á la persona y bienes de los hijos.

El precepto es duro, pues al arrancar á la madre la patria potestad, la priva, en nuestro sentir, de sus efectos, ó sea tener á los hijos en su compañía, educarlos y corregirlos. En la necesidad indudable de adoptar medidas que pongan á cubierto á los hijos de la mala conducta de un padrastro, parécenos más

conveniente el criterio del legislador italiano, el cual establece la convocación, de oficio ó á instancia de parte, de un consejo de familia, encargado de determinar si la madre seguirá ó no administrando los bienes y las condiciones de la administración y de la educación de los hijos.

Una cuestión análoga á la que comprende el artículo dió lugar á un pleito contencioso-administrativo. Un padre dispuso en su testamento que si su esposa pasaba á segundas nupcias fuese privada de la tutela y curatela de los hijos y de la administración de los bienes de los mismos. La madre intentó contraer matrimonio, y obtuvo una dispensa de ley otorgándola la continuación en la tutela, no obstante el proyectado enlace. Contra la Real orden haciendo tal concesión entablóse por el abuelo de los menores demanda contenciosa ante el Consejo de Estado, el cual la admitió por Real decreto de 5 de Junio de 1877 (*Gac.* 11 íd.), en el que se establecía la siguiente doctrina: «Que el testamento del padre disponiendo acerca de la guarda de sus hijos impúberes y de la administración de sus bienes, es ley suprema en el orden de la familia, que sólo puede ser alterada por los Tribunales de justicia en cuanto no se atempere á las leyes generales de la materia. Que al conferir el marido la tutela testamentaria á su esposa, dispuso expresamente que quedara privada de ella y de la administración de los bienes de sus hijos si pasaba á segundas nupcias, de conformidad con lo preceptuado por la ley 4.ª, título XVI, Part. 6.ª Que á falta de tutela testamentaria, tiene lugar la legítima en el pariente más cercano de los huérfanos. Que *el otorgamiento de esta clase de dispensas, por más que sea el ejercicio de una facultad discrecional y libérrima del Gobierno*, que tiene su origen en leyes de carácter administrativo, *está limitado por su propia índole á la exención de la ley general, y no puede extenderse hasta desconocer y anular derechos y deberes privados de índole civil*, y que se derivan de la ley testamentaria, *resolviendo así cuestiones reservadas en su caso á la competencia privativa de los Tribunales ordinarios*. Que, según el tenor y espíritu del art. 46, pár. 3.º, y del art. 56 de la ley orgánica del Consejo de Estado, no es preciso, aun cuando sea lo más ocurrente, que el derecho lastimado por alguna resolución ministerial se funde en una ley ó medida general de carácter administrativo, sino que la resolución misma, aplicando preceptos de dicha índole administrativa, agravie

un derecho anterior reconocido por la ley. Que conforme á la jurisprudencia del Consejo de Estado, procede la vía contenciosa administrativa cuando el acto que provoca la oposición sea la aplicación de leyes, reglamentos ú ordenanzas con la cual se haya ofendido un derecho privado, un derecho preexistente fijo y determinado por la ley, ó un interés privado, cuando siendo éste legítimo, incompatible con el interés público, ha sido éste hollado injustamente en nombre de este mismo interés. Que la Real orden concediendo á la madre la dispensa que había solicitado por gracia al sacar, y en el ejercicio de facultades discrecionales que tienen su fundamento en la ley administrativa, vino á hacer ineficaz el testamento del padre, y las leyes de orden civil relativas á testamentos y tutelas, y las obligaciones y derechos privados de esta índole que puedan hacer valer los interesados en el caso de que se trata. Que la Real orden reclamada es un obstáculo al libre ejercicio de las acciones civiles que puedan nacer del testamento del marido y á la recta administración de justicia por los Tribunales ordinarios, que no podrían creerse autorizados para revocar ni aun para prescindir de la Real cédula de gracias al fallar un pleito civil entre partes privadas. Que la Administración puede remover el mencionado obstáculo, si así procediese, como consecuencia de la revisión de su propio acto, á lo cual va encaminada la presente demanda...»

La doctrina de este Real decreto es importantísima en cuanto determina la naturaleza de la dispensa de ley y su valor y efectos respecto del derecho común, guardando gran analogía con la materia del artículo.

Volviendo á ésta, manifestaremos, como consideración final, que contraídas segundas nupcias por la madre viuda sin que su esposo le hubiese relevado de la pena del artículo, los hijos serán sometidos á la tutela testamentaria, legítima ó dativa en su defecto, puesto que el menor necesita un poder tuitivo que entregue su representación y sólo hay dos: la patria potestad y la tutela. Indícalo el art. 199, al decir «que el objeto de la tutela es la guarda de la persona y bienes ó solamente de los bienes, de los que no estando bajo la patria potestad, son incapaces de gobernarse por sí mismos.»

Consecuencia lógica de la pérdida de la patria potestad, será también la del usufructo legal, á tenor del art. 160, que

solo lo concede al padre ó la madre que tenga al hijo en su potestad.

El artículo ha originado dudas y motivado un litigio con relación á la doctrina de la retroactividad. Presentóse la duda en el terreno legal de si el precepto del artículo debía aplicarse á las madres viudas con anterioridad al Código civil, ó sólo á las que enviuden posteriormente.

Dos distinguidos jurisconsultos, consultados particularmente sobre los casos comprendidos dentro de la cuestión planteada, formularon su criterio favorable á la primera afirmación, fundándose en que la madre viuda antes del Código había adquirido un derecho que no podía ser arrebatado por otro alguno. Nosotros nunca vimos duda ni cuestión, y pensamos siempre de modo contrario al de tan ilustres juristas. Así lo dijimos en otro tomo de nuestra obra (apéndice primero), y así lo manifestamos aquí, reproduciendo lo allí dicho.

Desde varios aspectos se puede estudiar esta cuestión, y todos conducen á solucionarla de la misma manera:

Al redactar los autores del Código la Exposición que precede á la edición reformada y que es, á pesar de su reducida extensión, el más autorizado comentario de aquél, desenvolvieron con minuciosidad los preceptos que con carácter transitorio resuelven el problema de los derechos adquiridos. «Lo primero que debía resolver, dice la Comisión de Códigos, era el punto de partida de los derechos á fin de determinar cuáles quedaban al amparo de la legislación antigua y cuáles sometidos á la nueva. Y como todo derecho nace necesariamente de un hecho voluntario ó independiente de la humana voluntad, la fecha de este hecho, que puede ser anterior ó posterior á la promulgación del Código, es la que debe determinar la legislación que ha de aplicarse al derecho que de aquel hecho naciera.» Añade más adelante en otro párrafo la indicada Comisión: «Pero si se trata de un derecho nuevo declarado por primera vez en el Código y no reconocido por la legislación anterior, deberá regirse por el mismo Codigo, aunque el hecho que lo origine hubiere tenido lugar bajo aquella legislación, á menos que perjudique á otro derecho adquirido bajo la misma, porque en este caso es más digno de respeto el que va á sufrir el daño que el que va á recibir un beneficio gratuíto.» La Comisión de Códigos prosigue en este pasaje apli-

cando las reglas enunciadas, y en el párrafo inmediato al que acabamos de copiar expresa los subsiguientes conceptos, en los cuales rogamos á nuestros lectores se fijen mucho.

«Establecido este principio en la regla primera, no se podrá hacer novedad alguna en el estado legal de las madres que, siendo viudas y ejerciendo la patria potestad, hubiesen contraído nuevo matrimonio antes de regir el Código, *aunque éste prive de aquel derecho á las madres viudas que se casen después.*» Parécenos que el legislador no ha podido estar más explícito, distinguiendo los casos, trasluciendo el espíritu del art. 168 del Código civil y transparentando su propio pensamiento.

No obstante, más bien ha procedido intuitivamente y por la fuerza del principio jurídico que se imponía, que por un proceso reflexivo que de lo general le haya conducido á lo particular. Y decimos esto, porque la Comisión de Códigos ha deducido una consecuencia exacta y acomodada al Derecho de una regla impertinente al punto cuestionado.

«Vino á los suyos y los suyos no le conocieron»: estas palabras podríamos decir ahora; porque en las disposiciones transitorias del Código civil encarnó la distinción fundamental entre el derecho de la personalidad y el derecho de la persona para con las cosas, y la Comisión de Códigos no la conoció y derivó consecuencias que resultaron exactas de principios inadecuados. Por esto decíamos que á la intuición científica debíamos, más que á la reflexión, las palabras transcritas.

Nosotros creemos que, después de lo expuesto, no se necesita más explicación; pero todavía el caso es susceptible de algunas consideraciones jurídicas, y vamos á explanarlas.

Las dudas y recelos se han derivado seguramente del siguiente razonamiento: si el hijo tiene derecho á quedar fuera del poder materno y á percibir el usufructo de sus bienes, cuando su madre pospone el cariño maternal albergando otros sentimientos no tan puros como éste, es decir, cuando contrae segundas nupcias, también la madre que ganó la potestad sobre sus hijos cuando regía la legislación, ya derogada, que no le imponía la pérdida del poder patrio, tiene un derecho adquirido, que resultaría perjudicado de adoptarse rigorosamente el criterio legal estatuído en el citado art. 168. Prodúcese una lucha entre dos derechos; uno ya adquirido, otro declarado por vez primera en

el nuevo Derecho civil sustantivo, y como de prevalecer el del hijo padecería el de la madre, en este pleito de prerrogativas falla la primera de las disposiciones transitorias, sentenciando que el derecho declarado por vez primera en el Código, no prevalece porque lesiona otro anteriormente adquirido, más digno de respeto, por cuanto emerge en un daño, que el ganado de nuevo, que se resuelve en un beneficio.

¿Quién duda que estas reflexiones pueden mucho, y que en ánimos apegados demasiado á la letra de las leyes pesan sobremanera? Nosotros no les negamos eficacia, antes bien, se la concedemos y muy transcendental, tanto que vamos á analizar los precedentes argumentos. No entraríamos en estos detalles si no concediéramos á la cuestión la importancia, no que realmente tiene, sino la que se le ha querido dar.

Lo primero que interesa dilucidar es si con efecto existe lucha de derechos y si éstos son de igual origen, puesto que ambos requisitos exigen las disposiciones transitorias para que el último inciso de la regla primera sea susceptible de aplicación. No hay lucha si no hay combatientes, y como aquí los que contienden son los derechos, debemos examinar preferentemente si es un derecho adquirido por la madre el del disfrute de la patria potestad, aun cuando contraiga segundas nupcias.

Y nuestro dictamen es negativo. La madre pierde la patria potestad al contraer un segundo enlace, aun cuando la hubiere ganado antes de regir el Código civil. No hay más que profundizar en el concepto que ha presidido á la redacción de las disposiciones transitorias, para persuadirse de que el legislador, adoptando un criterio científico, ha deslindado perfectamente el campo donde radican los derechos sobre los bienes, en términos más amplios, sobre las cosas, de aquel otro en que se encuentran los derechos sobre las personas. Al emplear la palabra derecho, v. gr., derechos nacidos, derechos adquiridos, y al precisar que esos derechos, que pugnan y se contraponen, sean de igual origen, claramente ha puesto al descubierto que el término derecho se usa como facultad sobre una cosa, no sobre una persona. La razón es llana: sobre cosas, sobre bienes, caben dos derechos de igual origen, ostentados por dos distintos sujetos jurídicos; sobre las personas no es posible esa dualidad. La personalidad jurídica no es susceptible de posesión, y el poder

paterno, única restricción á la libertad individual, es siempre uno.

Sobre derechos considerados como facultad en las cosas rige, por tanto, la primera de las disposiciones transitorias del Código civil. Esclarecido el fondo de la cuestión, cae por su base el raciocinio empleado para deducir la tesis mantenida en frente de nuestra opinión. Si el discurso se encaminaba por vías torcidas; si la lógica jurídica elaboraba su juicio, valiéndose de premisas inexactas, ¿qué había de resultar, sino una conclusión participante, mejor dicho, de la misma naturaleza que las premisas, ó sea también equivocada?

La persona tiene sus derechos declarados por la ley: derechos contra los cuales no se puede ostentar por un extraño ninguna facultad que los restrinja. Estos derechos son intrínsecos á la misma persona y van con ella como si de la misma emanaran, rodeándola de una atmósfera sutil y transparente.

Cuando las leyes que rigen la persona, como sujeto del derecho, le imponen una pena por virtud de un hecho que realice, á la ley que así lo sancione ha de someterse, porque es la reguladora de sus actos, sin que por ello se quebrante el principio de la no retroactividad ni se lesione otro derecho adquirido anteriormente, puesto que ya hemos dicho que sobre las personas no existen derechos adquiridos ni puede haber dos *de igual* origen que batallen por prevalecer.

Cuando las leyes otorgan á la persona como sujeto del derecho una nueva prerrogativa, nadie puede mermarla en lo que toca á los efectos de esa prerrogativa en la esfera puramente personal. Cuando una ley *que fué*, concedía á una persona un derecho, considerada como tal, y otra ley *que es* se lo arrebata como pena á un hecho realizado, el punto de enlace y armonía de ambas disposiciones legales se encuentra en el tiempo en que el hecho, antes inocente, hoy punible, se realiza. ¿Tuvo lugar antes, cuando era inocente? Surte sus efectos civiles en su totalidad. ¿Se efectuó siendo ya motivo de pena? Arrastra indefectiblemente el castigo.

Al término de estos razonamientos obtenemos estos tres principios que dan resuelta la cuestión: 1.º Las leyes que regulan la personalidad no crean derechos á favor de un tercero que pue-

dan prevalecer en contra de los propios de una persona. 2.º Sobre las personas no caben dos derechos de un mismo origen. 3.º La penalidad civil nace cuando se comete un hecho que la lleva consigo, declarada por la ley, y no la remite supuestos derechos que, como hemos visto, no se pudieron adquirir.

Si las ideas que quedan expuestas no fueran exactas, podría, con sobrada razón, decir el padre ó la madre que ejerciere la patria potestad, que á pesar de haber declarado el Código civil que la mayor edad principia á los veintitrés años, sus hijos no saldrían de dicho poder hasta los veinticinco, porque habiendo éstos nacido cuando regía la legislación ya derogada, había adquirido un derecho que necesariamente prevalecería, á tenor de la primera disposición transitoria. Los argumentos serían los mismos que se han empleado para apoyar la tesis que estamos combatiendo. Sin embargo, el Código civil ha dictado otra regla, la número cinco, con lo cual evidencia que en cuanto atañe á los derechos personales no rige la primera. Véase con cuánta claridad dice: «Quedan emancipados y fuera de la patria potestad los hijos que hubiesen cumplido veintitrés años al empezar á regir el Código.» ¿En qué transige? ¿En qué busca la conciliación? En los bienes, porque en ellos es donde se obstentan dos derechos de igual origen. Por eso añade la dicha regla 5.ª: «pero si continuasen viviendo en la casa y á expensas de sus padres, podrán éstos conservar *el usufructo*, *la administración* y los demás derechos que estén disfrutando sobre los bienes de su peculio hasta el tiempo en que los hijos deberían salir de la patria potestad según la legislación anterior.» ¿Qué es esto sino una cumplidísima confirmación de nuestra teoría, que, sin que suene á inmodestia, creemos que es la solución legal única preconizada por la razón é indicada, si no expresa, á lo menos tácitamente, por el legislador?

Aquí parece agotado el tema de discusión, pero todavía existen más argumentos.

No deben olvidar nuestros lectores que tratamos una cuestión transitoria, de aquellas que sólo han de persistir cierto número de años, mientras tanto que la mano del tiempo no cierre para siempre con la llave de la prescripción la sepultura magna de nuestros antiguos Códigos.

Para este tránsito de una á otra legislación están escritas las

disposiciones que van al final del Código. Entre ellas es digna de ser notada, por la congruencia que guarda con el caso que se ventila, la tercera. Dice así: «Las disposiciones del Código que sancionan con penalidad civil ó privación de derechos actos ú omisiones que carecían de sanción en las leyes anteriores, no son aplicables al que cuando éstas se hallaban vigentes hubiese incurrido en la omisión ó ejecutado el acto prohibido por el Código.»

Parécenos que la regla encaja exactamente en el marco á que la aplicamos; porque, con efecto, las segundas nupcias de la madre viuda eran un acto lícito por la legislación antigua, y hoy llevan como sanción y en pena la privación de la patria potestad. Dedúzcase ahora la consecuencia. Si no es aplicable la penalidad á los que cuando el acto era inocente le ejecutaron, derívase inmediatamente que lo es á los que, siendo el acto ilícito y conociendo sus consecuencias, por un acto voluntario le llevaron á cabo. Recuerden ahora los lectores aquellos expresivos párrafos que copiamos de la Exposición que precede á la edición reformada del Código civil, y después de esta recordatoria, vámonos ya al principio de la cuestión, y recogiendo el caso práctico, digamos que desentrañado el espíritu del art. 168, nuestro dictamen se revela en el siguiente enunciado: Basta que la madre deseche las tocas de la viudez por las galas de la novia, dando entrada en su corazón á un cariño extraño, para que por este mero hecho los hijos salgan de la potestad materna y entren en tutela.

Otra cuestión. ¿Puede el marido difunto, es decir, el padrastro, remitir á su esposa supérstite la pena del art. 168?

No, porque este artículo concede dicho derecho al que es naturalmente padre de sus hijos. «La madre que pase á segundas nupcias, dice literalmente, pierde la patria potestad sobre sus hijos, á no ser que el marido difunto, *padre de éstos*.....»

Nótese cómo la redacción del artículo viene en ayuda de nuestra tesis. A más de esta razón interpretativa, hay otra legal. La prerrogativa civil de la potestad lleva consigo el derecho de elegir para después de la muerte aquella persona que ha de representar y favorecer con sus cuidados al hijo menor. De aquí se deduce que si el padre, sólo por serlo, puede designar un tutor, con mucho más motivo podrá elegir la que ha sido compañera

de su vida, si tiene en ella tanta fe que desde luego cree que, aun cuando por segunda vez se case, no ha de entibiarse el cariño que sienta por sus hijos.

Condensando lo expuesto, resulta que la patria potestad es condición ineludible para poder dispensar de su pérdida á la viuda que pase á segundas ó ulteriores nupcias, y que, por tanto, no puede otorgar esta dispensa el que sólo es padrastro.

Diremos, por último, que el precepto del artículo se refiere solamente á la madre legítima, no á la natural que contraiga primeras nupcias con varón distinto del padre del hijo, porque el artículo habla de *nupcias* y de marido, no de padre.

La duda se ha desvanecido; no existe ya cuestión. El Tribunal Supremo ha dictado sentencia en 20 de Diciembre de 1892, confirmatoria de nuestra opinión, apoyándose en las consideraciones sustentadas por nosotros respecto de la inexistencia de los supuestos derechos adquiridos por la madre.

La importancia de la sentencia oblíganos á dar cuenta del caso resuelto por ella, de las infracciones alegadas y la doctrina sentada por el alto Tribunal de Justicia.

Disuelto un matrimonio por muerte del marido en el año 1886, ó sea con anterioridad al Código, contraídas segundas nupcias en 1890 por la viuda, el padre de ésta acudió al Juzgado exponiendo haber perdido por tal motivo la madre la patria potestad sobre sus hijos del primer matrimonio, con arreglo á lo dispuesto en el art. 168 del Código civil y corresponderle la tutela legítima de los mismos, mediante no existir su abuelo paterno, según los 200 y 211 del propio Código; lo que ponía en conocimiento del Juzgado á fin de que mandase citar á las personas que debían constituir el consejo de familia y se pusiese al exponente en posesión del indicado cargo de tutor, con las formalidades legales. En virtud de esta solicitud se incoaron las oportunas diligencias, á las que acudió la madre de los menores formulando oposición y solicitando se suspendiera el curso de ellas hasta que recayese sentencia en la demanda que iba á entablar, cuya suspensión se estimó por el término de un mes, en el cual había de deducirse la enunciada demanda.

Así lo verificó la madre asistida de su segundo esposo ante el Juzgado, con la pretensión de que se declarara en definitiva te-

ner aquélla, á pesar de sus segundas nupcias, patria potestad sobre sus dos ya nombrados hijos, adquirida en virtud de la ley provisional de Matrimonio civil de 18 de Junio de 1870 al ocurrir la defunción de su primer marido, hecho que dió lugar á la realización del expresado derecho, sosteniendo no ser aplicable al caso de que se trata el art. 168 del Código civil, que empezó á regir en 1.° de Mayo de 1889, pues no podía dársele efecto retroactivo, hallándose la demandante en aptitud de ejercer los derechos y cumplir los deberes de la patria potestad respecto á sus precitados hijos, con arreglo al núm. 2.° del art. 63 del mismo Código.

El abuelo materno, demandado, contradijo la demanda con la solicitud de que se le absolviera de ella, declarando haber perdido la demandante la patria potestad sobre sus hijos de primer matrimonio por haber contraído segundas nupcias, mandando en su virtud continuaran en el Juzgado municipal las diligencias incoadas sobre el nombramiento de tutor de aquéllos, é imponiendo todas las costas á la propia demandante; á cuyo efecto expuso por su parte cuanto creyó conducente en el sentido de hallarse comprendida la viuda en el precepto del art. 168 del Código civil, según el cual, la madre que pasa á segundas nupcias pierde la patria potestad sobre sus hijos, á no ser que el primer marido hubiese previsto el caso en su testamento y ordenado lo contrario, toda vez que aquélla, viuda antes de empezar á regir el citado Código, pasó á segundas nupcias, hallándose éste ya vigente, y del hecho del segundo matrimonio surgía la pérdida de dicha patria potestad, refiriéndose el núm. 2.° del art. 63, asimismo del Código civil, á las viudas con hijos que hubiesen contraído otro matrimonio antes de regir el repetido Código.

Seguido el juicio en dos instancias, pronunció la Sala de lo civil de la Audiencia sentencia por la cual confirmó con las costas de la apelación la del Juez de Logroño, en que se absolvió de la demanda al demandado y declaró haber perdido la madre viuda la patria potestad sobre sus hijos por haber contraído segundas nupcias, hallándose vigente el Código civil, y mandó continuaran en el Juzgado municipal de aquella ciudad las diligencias incoadas por el demandado para la formación del consejo de familia y nombramiento de tutor á dichos menores.

La madre viuda interpuso recurso de casación citando el nú-

mero 1.° del art. 1.692 de la ley de Enjuiciamiento civil, y exponiendo haberse infringido:

1.° Los artículos 64 y 65 de la ley de Matrimonio civil, porque su primer esposo murió mucho antes de promulgarse el Código, adquiriendo la recurrente por ministerio de la ley, con arreglo á dichos artículos, la patria potestad sobre sus hijos, derecho que sólo podía quitarla otra posterior con efecto retroactivo; mas para ello es menester constase este efecto clara y terminantemente expresado, sin que sea justo aplicar al mismo, como lo ha hecho la Sala sentenciadora, la limitación que respecto al ejercicio de la patria potestad por la madre, en defecto del padre, ha introducido el expresado Código.

2.° La doctrina declarada en multitud de sentencias de este Tribunal Supremo, según la que, á quien tiene en su favor un derecho reconocido debe serle respetado, manteniéndole en el goce y pacífica posesión del mismo, y nadie puede ser privado de los derechos que posea adquiridos al amparo de una ley; pues hallándose ella en quieta y pacífica posesión de la patria potestad adquirida á la sombra de la ley, la mencionada Sala sentenciadora no la ha amparado en la posesión de aquel derecho.

3.° El art. 63 del antedicho Código civil, que en su núm. 2.° prescribe podrá la mujer sin licencia del marido ejercer los derechos y cumplir *los deberes que le correspondan respecto á los hijos legítimos y naturales reconocidos que hubiese tenido de otro, y respecto de los bienes de los mismos*, en cuyo texto se conserva en todo su vigor la patria potestad en manos de la mujer casada, sin limitación alguna, dejándola amplia y entera libertad de acción para ejercerla, texto que no ha sido debidamente entendido y llanamente aplicado, acudiéndose para fallar en sentido contrario á violentas interpretaciones y al art. 168 del propio Código, con el cual no puede ponerse en relación, pues se refieren á casos distintos, ó sea aquél á las viudas cuyos maridos murieron antes del Código, y el segundo á las que perdieron los suyos después de promulgado; y si se quisiera relacionar ambos artículos, resultarían en contradicción completa y habría de aplicarse el 63, que contiene un precepto concreto y claro, siendo el consignado en el 168 de carácter prohibitivo y no susceptible por ello de interpreción extensiva según las reglas de la sana crítica.

4.° El art. 168 del mismo Código, con arreglo al cual, las viudas que pasen á segundas nupcias, pierden la patria potestad á no ser que otra cosa disponga el marido en su testamento, artículo mal aplicado en la sentencia recurrida, puesto que en sus preceptos no se comprende el caso de autos por exigir su cumplimiento una condición que no existía al adquirir la recurrente su derecho de patria potestad, como era la de que la conservación de ésta si pasaba á segundas nupcias dependiese de la voluntad de su marido, y como lejos de suceder así ocurría lo contrario, no pudo aquél prever tal eventualidad.

5.° El principio de derecho reconocido en gran número de sentencias de este Tribunal Supremo, de que las leyes deben entenderse lisa y llanamente según su texto y aplicarse sin recurrir á violentar su sentido con erróneas interpretaciones, porque en vez de aplicar lisa y llanamente la Sala que ha dictado la sentencia recurrida el texto del art. 63 del Código civil, le ha dado interpretación contraria á su sentido, aplicando al caso de autos en vez de aquél el 168, erróneamente interpretado también.

6.° La disposición transitoria 1.ª del tan repetidamente mencionado Código, según la cual: «Se regirán por la legislación anterior al Código los derechos nacidos según ella, de hechos realizados bajo su régimen, aun cuando el Código les regule de otro modo, ó no les reconozca; *pero si el derecho apareciese por vez primera en el Código, tendrá efecto desde luego, aunque el hecho que lo origine se verificara bajo la legislación anterior, siempre que no perjudique á otro derecho adquirido de igual origen*»; por cuanto el punto de partida del derecho que al ejercicio de la patria potestad tenía la recurrente, es el fallecimiento de su primer esposo, verificado antes de la promulgación de aquél, no cabiendo de consiguiente duda acerca de que, conforme á dicha disposición transitoria, debe aplicarse al caso de autos la ley de Matrimonio civil, á cuyo amparo adquirió la patria potestad; y si se objetase sin razón ser derecho nuevamente declarado el que pretende el recurrido, á pesar de que no es novedad ninguna en nuestra legislación el del abuelo á la tutela legítima en defecto de tutor nombrado por el padre ó la madre, aun bajo ese aspecto también es favorable á la recurrente la referida disposición transitoria, toda vez que afirma que *si el derecho apareciere nuevamente declarado por*

vez primera en el Código, tendría efecto desde luego aunque el hecho que le originó se verificara bajo la legislación anterior, *siempre que no perjudique á otro derecho adquirido de igual origen*; y como la recurrente adquirió el de patria potestad durante la legislación anterior, tiene que regularse por ésta, no por el tantas veces dicho Código.

7.° El principio de derecho, con arreglo al que las leyes no tienen efecto retroactivo, á no ser que taxativamente así se prescriba en ellas; y la doctrina constante de este Tribunal Supremo, con especialidad la contenida en las sentencias de 19 de Junio de 1875 y de 17 de Abril próximo pasado; por la primera de las cuales al promulgarse la ley de Matrimonio civil se mantuvo á los tutores y curadores en el desempeño de los cargos adquiridos conforme á la legislación anterior, desestimándose las reclamaciones de patria potestad por las madres; y la segunda, relativa ya á la aplicación del Código civil, dice en un considerando: «que las leyes no tienen efecto retroactivo sino disponen lo contrario; y conforme al párrafo inicial de las disposiciones transitorias dictadas para su aplicación y sus reglas 1.ª y 4.ª, las variaciones introducidas por dicho Código que perjudiquen derechos adquiridos, según la legislación anterior, no tendrán efecto retroactivo, sino que se regirán por ella aun cuando la nueva ley les regule de otro modo ó no les reconozca, *subsistiendo con la extensión y en los términos* que les reconociera la legislación precedente, los derechos y acciones nacidas durante ella, sin otra limitación que sujetarse en cuanto á su ejercicio, duración y procedimiento para hacerlos valer á lo dispuesto en el Código»; por cuanto se ha aplicado al caso de autos el reiteradamente citado artículo, que, en ninguno de sus párrafos preceptúa que las viudas cuyos maridos hubiesen fallecido antes de promulgarse el Código, y por consiguiente sin poder utilizar la facultad que el mismo les concede para autorizar á sus esposas al ejercicio de la patria potestad, pierden el derecho á ésta cuando contraigan segundas nupcias.

Y 8.° El párrafo inicial de las disposiciones transitorias del mismo Código civil, que prescribe no tienen efecto retroactivo las variaciones por él introducidas que perjudiquen derechos adquiridos por la legislación anterior, infracción cometida al

aplicar al caso de autos el art. 168, privando á la recurrente del derecho de patria potestad que había adquirido y ejercía en virtud de la ley de Matrimonio civil.

El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso, estableciendo los siguientes puntos doctrinales: «El principio proclamado en el párrafo inicial de las disposiciones transitorias del Código civil, en virtud del que las variaciones introducidas por éste que perjudiquen derechos adquiridos bajo el imperio de la legislación anterior no tendrán efecto retroactivo, obligan á examinar en el caso del presente recurso si la sentencia recurrida perjudica con su fallo, como afirma el recurrente, algún derecho adquirido por la madre viuda, con anterioridad á la publicación del expresado Código, que obste á la aplicación que se ha hecho por el Tribunal sentenciador del precepto que consigna el artículo 168 del mismo.

Las viudas conservan íntegro el derecho de patria potestad sobre sus hijos mientras no pasen á segundas nupcias, de modo que lo que se condiciona por el antedicho artículo, es este nuevo estado, prescribiéndose como se prescribe que en tal caso perderá la madre la patria potestad, á diferencia de lo establecido en la anterior ley sobre matrimonio civil; y como semejante condición depende completa y absolutamente de la realización voluntaria de un acto posterior á la publicación del Código, es evidente que al contraer las segundas nupcias la viuda en Julio de 1890, lo hizo sometida ya á las prescripciones de la nueva legislación, pues sólo podría constituir derecho adquirido el reconocido por ley anterior al estado civil que se disfrutaba, no aquél con que se condiciona un estado diferente.»

«Esto supuesto, el Tribunal sentenciador no ha cometido ninguna de las infracciones que se señalan en los ocho motivos de casación alegados por la aplicación que ha hecho del art. 168 del Código para declarar que la madre viuda ha perdido la patria potestad sobre sus hijos por haber contraído segundas nupcias, demostrado como queda que dicha señora no tenía derecho alguno adquirido con relación á un estado civil distinto de aquel en que se encontraba cuando se publicó el Código, cuyo supuesto contrario es el que sirve de base y sobre el que giran todos los razonamientos del recurrente, y porque la disposición del art. 63

es perfectamente compatible con la del 168, puesto que aquél se refiere á los casos en que deba subsistir la patria potestad de las madres, bien por haber pasado á segundas nupcias antes de la publicación del nuevo Código, bien por haberlo previsto y autorizado el padre en su testamento.»

ART. 169. El padre, y en su caso la madre, perderán la potestad sobre sus hijos:

1.° Cuando por sentencia firme en causa criminal se le imponga como pena la privación de dicha potestad.

2.° Cuando por sentencia firme en pleito de divorcio así se declare, mientras duren los efectos de la misma.

Concordancias.—Análogo al art. 161 del proyecto de Código de 1851 é igual al 135 del de 1882.

PRECEDENTES LEGALES.—*Part.* 4.ª, *tít. XVIII, ley* 2.ª—Ciuil muerte es dicha, vna manera que y ha de una pena, que fue establescida en las leyes, contra aquellos que fazen tal yerro, porque merescen ser judgados, o dañados, para auerla. E esta muerte atal, que es llamada ciuil, se departe en dos maneras. La vna dellas es, como si diessen juyzio contra alguno para siempre, que labrasse las obras del Rey, assi como lauores de sus Castillos, o para cauar arena, o traerla a sus cuestas, o cauar en las minas de sus metales, o a seruir para siempre a los que han de cauar, o de traer, o en otras cosas semejantes destas: e este atal es llamado sieruo de pena. La otra manera es, quando destierran a alguno por siempre, e lo embian en algunas ysias, o en algund otro lugar cierto, onde nunca salga, e le toman demas todos lo bienes: e este atal es llamado en latin *deportatus*. E por cualquie destas maneras sobredichas, que es alguno judgado, o dañado

esta muerte, que es llamada ciuil, *desatase por ella el poder que este atal ha sobre sus fijos, e salen porende de su poder.* E como quier que el que es deportado non sea muerto naturalmente, tienen las leyes que lo es, quanto a la honrra e a la nobleza, e a los fechos deste mundo. E porende non puede fazer testamento el avn, si lo ouiesse ante fecho non valdria.

Ley de m. civil, art. 88.—(Véase *Precedentes legales, art.* 73.)

COMENTARIO.—Suprimida la llamada antes muerte civil, que producía el efecto de la pérdida de la patria potestad, hoy sólo tiene lugar cuando por sentencia firme en causa criminal se impone la privación de dicha potestad, ó sea cuando la pena que lleva consigo la de interdicción civil. En cuanto al caso de divorcio, hay que tener en cuenta lo que dispone el caso 2.° del artículo 73 del Código, que establece doctrina análoga á la del que estudiamos.

La pérdida del derecho no es perpetua, pues cumplida la pena en el caso de la interdicción, ó muerto el cónyuge inocente en el del divorcio, el penado ó culpable recobrará la patria potestad, si la causa del divorcio fué el adulterio, los malos tratamientos ó las injurias graves.

ART. 170. La patria potestad se suspende por incapacidad ó ausencia del padre, ó, en su caso, de la madre, declaradas judicialmente, y también por la interdicción civil.

Concordancias.—Análogo á los párrafos 1.° y 2.° del art. 163 del proyecto de Código de 1851 y al art 136 del de 1882.

PRECEDENTES LEGALES.—(Véanse los *Precedentes* de los artículos anteriores.)

COMENTARIO.—Tres son las causas por las que, según este artículo, se suspende, esto es, se pierde temporalmente la patria potestad, á saber: incapacidad del padre ó de la madre, ausencia de los mismos é interdicción civil.

La incapacidad habrá de declararse en juicio contradictorio, puesto que si el Código lo exige así en su art. 221 para la prodigalidad, que es lo menos (especie), con mucho mayor motivo ha de ser preciso para lo más (género) como es tal concepto de incapacidad.

En cuanto á la declaración de ausencia, deberá tenerse en cuenta lo dispuesto en el cap. II del título correspondiente (artículos 184, 185 y 186).

Respecto á la interdicción civil, el art. 43 del Código penal declara que priva al que le sea impuesta de los derechos de patria potestad, tutela, participación en el consejo de familia, de la autoridad marital, de la administración de bienes y del derecho de disponer de los propios por actos entre vivos.

Las penas principales que llevan como accesoria la de interdicción civil, son las de cadena perpetua (art. 54, Código citado) y la de cadena temporal (art. 57, íd.). En este caso de la interdicción, y concerniente á la tutela, precisa tenerse en cuenta lo que disponen los artículos 228, 229 y 230 del Código civil.

Como hemos indicado al principio, la privación de la patria potestad, consignada en este artículo, es temporal, recobrándola el padre ó la madre cuando cese la causa que haya podido motivar su pérdida.

La sentencia que recaiga en cualquiera de los casos del artículo, y aun los de los artículos 169 y 171, podrán y deberán inscribirse en el Registro de la Propiedad, á tenor del núm. 4.° del artículo 2.° de la ley Hipotecaria, que establece que serán inscribibles «las ejecutorias en que se declare la incapacidad legal para administrar, ó la presunción de muerte de personas ausentes, se imponga la pena de interdicción ó cualquiera otra por la que se modifique la capacidad civil de las personas, en cuanto á la libre disposición de sus bienes.»

ART. 171. Los Tribunales podrán privar á los padres de la patria potestad, ó suspender el ejercicio de ésta, si trataren á sus hijos con dureza excesiva, ó si les dieren órdenes, consejos ó ejemplos corruptores. En estos casos podrán asimismo privar á los padres total ó parcialmente del usufructo de los bienes del hijo, ó adoptar las providencias que estimen convenientes á los intereses de éste.

Concordancias.—Análogo al art. 162 del proyecto de Código de 1851 é igual al 187 del de 1882.

PRECEDENTES LEGALES.—*Part.* 4.ª, *tit. XVIII, ley* 6.ª—Vna manera de pecado, que es llamado en latin *incestus* (que quier tanto dezir, como quando algund ome que ha fijos de su muger legitima, e se le muriere, e despues que es muerta, casa con alguna su parienta fasta el quarto grado a sabiendas, con quien non podria casar de derecho, ó con muger Religiosa), faze al padre que assi casa, perder el poder que ha sobre sus fijos e salen porende los fijos de poder de su padre.

Part. idem, tit. idem, ley 18.—Fallamos quatro razones, porque pueden constreñir al padre que saque de su poder á su fijo: como quier que diximos en las leyes ante desta que lo non podrían apremiar que lo fiziesse. La primera es quandol padre castiga el fijo muy cruelmente é sin aquella piedad que el deue auer segund natura. Ca el castigamiento deue ser con mesura é con piedad. La segunda es si el padre fiziesse tan grand maldad que diesse carreras á sus fijas de ser malas mugeres de sus cuerpos, apremiandolas que fiziessen atan gran pecado. La tercera es si vn ome mandase a otro en su testamento alguna cosa, so tal condicion, que emancipasse por ende a sus fijos. Ca si recibiesse lo quel fuesse mandado desta guisa, tenudo es de los emancipar, é si non quisiere, puedenlo apremiar que lo faga. La quarta es si alguno porfijasse su antenado que fuesse menor de catorze años.

Casi ese atal, desque passare por esta edad, se fallare mal de su padrastro, porquel desgaste lo suyo ó en otra manera cualquier, deuelo mostrar al Juez, é si fallare el Juez que assi es, deuelo apremiar que lo emancipe.

Part. idem, tit. XX, ley 4.ª—Verguença ó crueleza ó maldad mueve a las vegadas al padre ó la madre en desamparar los fijos pequeños, echandolos a las puertas de las Eglesias, e de los Ospitales, e de los otros lugares, e despues que los han assi desamparado, los omes buenos o las buenas mugeres que los fallan mueuense por piedad, e lleuanlos dende e crianlos, e danlos a quien los crie. E porende dezimos que si el padre o la madre demandare a tal fijo o fija despues que lo ha echado e lo quier tornar en su poder, que lo non pueda fazer. Ca por tal razon como esta pierde el poderio que auia sobrel; fueras ende si otro alguno lo echasse sin su mandado e sin su sabiduria. Ca si los demandassen luego que lo supiessen, dezimos que gelos deuen dar, tornandole el padre o la madre las despensas a aquellos que lo criaron si las quisieren demandar, pero si los que criaron estos tales se mouieron a fazerlo por amor de Dios con entención de non rescebir otro gualardon, non son tenudos los padres de tornarle las despensas que fizieron los que los criaron, por razon de crianza. E si por auentura el señor quisiesse demandar al siervo que assi ouiese echado, non puede, ca se torna libre por tal echamiento. Otrosi, por tal echamiento pierde el señor el derecho que auia en aquel quel ouiesse aforrado, de manera que de allí adelante non gelo podria demandar.

COMENTARIO.—El Código, inspirándose en la doctrina de la ley de Partidas, declara que puede privarse á los padres de la patria potestad ó suspender el ejercicio de ésta, cuando tratasen á sus hijos con demasiada dureza ó les diesen consejos corruptores.

La sentencia de 16 de Mayo de 1885, confirmando el precepto legal, declaró «que al establecer la ley 18.ª, tít. XVIII de la Partida 4.ª el remedio de la emancipación forzosa de los hijos contra los abusos de la patria potestad, no limitó su sanción á los malos tratamientos de los padres exclusivamente, sino que los amplió en la causa 4.ª al padrastro con relación al entenado».

Nada más justo. Si, como dice Laurent, copiando á Demolombe, la patria potestad es un poder tutelar y de protección, no es posible consentir que se convierta en otro tiránico y desmoralizador.

La privación ó suspensión de la patria potestad dice el artículo, que ha de ordenarla los Tribunales, y como esto supone una persona que reclama á aquéllos, preguntamos: ¿Quién sostendrá la necesidad de la privación ó suspensión? El Ministerio fiscal indudablemente, puesto que se trata de una acción de interés público y social. Por estas mismas razones creemos que tiene derecho, y aun deber de denunciar los hechos que menciona el artículo, todo el que tuviere conocimiento de ellos, sin excepción alguna.

No se determinan los trámites para la declaración de la pérdida ó suspensión, y por eso nos creemos obligados á establecer algunas indicaciones hijas de nuestro criterio particular. Creemos que en primer término debe distinguirse entre las causas que motivan los efectos antes indicados. Si consisten éstas en órdenes, consejos ó ejemplos corruptores, entenderán de ello los Jueces de primera instancia, y donde no los haya, los municipales, sin otras formalidades que las de un acto de jurisdicción voluntaria. Pero si, como será lo más probable, el padre ó la madre se oponen, como quiera que ya surge una cuestión entre partes conocidas y determinadas, el asunto revestirá ya carácter contencioso, que habrá de resolverse en un juicio ordinario de mayor cuantía, por tratarse de la pérdida ó extinción de derechos tan importantes como los inherentes á la patria potestad. En todo caso, durante el juicio podrán adoptarse, con el carácter de provisionales, las medidas que según las circunstancias se estimen convenientes, por ejemplo, el depósito de los hijos.

Si la causa es los malos tratamientos, como quiera que esto constituye la falta prevista y penada en el art. 602 del Código penal (1), deberá celebrarse el juicio correspondiente ante el Juez

---

(1) Art. 602. Serán castigados con la pena de arresto menor los que causaren lesiones que impidan al ofendido trabajar de uno á siete días ó hagan necesaria por el mismo tiempo la asistencia facultativa.

Si concurriere la circunstancia de ser *padre*, hijo, marido ó tutor

municipal, y una vez obtenida sentencia condenatoria (sobre todo si se demuestra la reincidencia de los padres), con testimonio de la misma, solicitar la privación ó suspensión del ejercicio de la patria potestad, siendo aplicable ya en este caso lo dicho sobre las otras causas.

Además de estas medidas, el Código establece que puedan adoptarse otras respecto de los bienes del hijo; por ejemplo, privarles total ó parcialmente del usufructo de los mismos ó de la administración, ó las que estimen convenientes, pues el artículo deja la aplicación de tales disposiciones al criterio del Juez ó del Tribunal.

ART. 172. Si la madre viuda que ha pasado á segundas nupcias vuelve á enviudar, recobrará desde este momento su potestad sobre todos los hijos no emancipados.

Concordancias.—Análogo á los artículos 169 y 138 de los proyectos de Código de 1851 y 1882.

PRECEDENTES LEGALES.—*Ninguno.*

COMENTARIO.—La disposición de este artículo es consecuencia lógica de la razón que ha motivado la doctrina del 168. El Código establece ésta en atención á la circunstancia de las segundas nupcias y al temor de que con ellas sufran perjuicio los intereses de los hijos del anterior matrimonio; una vez que desaparezca esa circunstancia por la nueva viudez de la madre, debe cesar

---

el ofensor, se aplicará el grado máximo de la pena, sean cualesquiera las circunstancias que concurran.

Art. 433, párrafo último. No están comprendidas en el párrafo anterior (4.º del mismo artículo) las lesiones que al hijo causare el padre, excediéndose en su corrección.

también el efecto que lleva como inherente, de suyo odioso y opuesto al augusto carácter de madre.

En este caso, terminará la tutela constituída con motivo de la pérdida de la patria potestad de la madre binuba, volviendo los hijos á poder de la madre.

BIOLOGÍA DE LA PATRIA POTESTAD

EFECTOS JURÍDICOS DE LA MISMA

Derechos y deberes del padre legítimo ó natural y del adoptante.

Derechos de los padres legítimos, naturales y de los adoptantes respecto á la *persona* del hijo ó del adoptado.....

1.° Corregirlos y castigarlos moderadamente (art. 155, número 1.°).

2.° Impetrar el auxilio de la autoridad gubernativa en apoyo de su autoridad, ya en el interior del hogar doméstico, ya para la detención ó retención en establecimientos destinados al efecto (art. 156, párrafo 1.°).

3.° Reclamar la intervención judicial para imponer á sus hijos un mes de detención en un establecimiento correccional (art. 156, pár. 2.°).

1.° Ser administrador de los bienes (art. 159).

2.° Administrar y usufructuar los que adquieran los hijos con su trabajo ó industria ó por cualquier título lucrativo (artículo 160).

3.° Adquirir la propiedad y el usufructo de los que ganen los hijos con el caudal que pongan los padres á su disposición (artículo 161).

Deberes de los padres legítimos, naturales y de los adoptantes respecto de la *persona* del hijo ó del adoptado ...

1.° Alimentarlos, tenerlos en su compañía, educarlos é instruirlos con arreglo á su fortuna y defenderlos en juicio y fuera de él (art. 155, pár. 1.°)

2.° Satisfacer los alimentos del hijo ó del adoptado detenido (artículo 158).

3.° Pedir el nombramiento de defensor cuando exista oposición entre sus intereses y los del hijo ó adoptado (art. 165).

Deberes *comunes* á los padres legítimos y naturales y al adoptante

1.° Los de todo usufructuario ó administrador en los que tengan respectivamente el usufructo ó la administración (artículo 163, pár. 1.°).

2.° Formar inventario, con intervención judicial, de aquéllos en que tengan sólo la administración (art. 164).

3.° Solicitar autorización judicial para:

a) Enajenar, gravar ó hipotecar los inmuebles (artículos 164 del Código y 2.011, núm. 1.° de la ley de Enj. civil).

b) Enajenar ó gravar los efectos públicos, valores de toda

	...pecuarios por causa de necesidad ó utilidad, previa la autorización judicial (art. 164).
	6.° Aceptar las donaciones que se les hagan (art. 626), así como las herencias.
	7.° Adquirir el usufructo de los reservables (art. 968).
	8.° Representar á los hijos en la partición de la herencia (artículo 1.060).
	9.° Contratar en su nombre (artículo 1.259, pár. 1.°).
	10. Transigir sobre los mismos y sobre sus derechos (artículo 1.810, pár. 2.°).
	...cabo (art. 2.011, ley idem, números 2.°, 3.° y 4.°).
	c) Transigir sobre los bienes ó derechos de los hijos cuando el valor de lo que haya de ser objeto de transacción exceda de 2.000 pesetas (art. 1.810, párrafo 2.° del Código).
	d) Extinguir derechos reales (artículo 2.030, ley citada).
	4.° Reservar el viudo ó viuda á los hijos ó descendientes del primer matrimonio la propiedad de todos los bienes que haya adquirido de su difunto consorte por testamento, sucesión intestada, donación ú otro cualquier título lucrativo (artículo 968).
Deberes *especiales* del padre legítimo sobre los *bienes* de su hijo...	Inscribir los inmuebles á nombre del hijo y constituir hipoteca legal en garantía de los muebles, esto cuando contraiga segundas nupcias (art. 163, pár. 1.° del Código, 100 á 105 de la ley Hipot., y 142, 143 y 144 del Reglamento).
Deber *especial* del padre natural y del adoptante sobre los *bienes* del hijo ó del adoptado.....	Constituir fianza á satisfacción del Juez para adquirir la administración de los bienes (artículo 166).

BIOLOGÍA DE LA PATRIA POTESTAD

EFECTOS JURÍDICOS DE LA MISMA

Derechos y deberes del hijo legítimo ó natural y del adoptado.

Derechos comunes á los hijos legítimos, naturales y adoptados respecto de la *persona* del padre ó del adoptante ..	1.° Los comprendidos en el número 1.° de los deberes del padre, que son otros tantos derechos del hijo. 2.° Pedir por sí el nombramiento de defensor en asuntos en que tenga interés opuesto al del padre ó adoptante (artículo 165, pár. 2.°). 3.° Ser oído en comparecencia personal cuando, tratándose de la imposición de un castigo, ejerza algún cargo ú oficio, ó el padre ó madre hayan contraído segundas nupcias (artículo 157).
Deberes del hijo legítimo y natural y del adoptado, en cuanto á la *persona* del padre legítimo y natural.....	1.° Alimentarlos (art. 143, números 2.° y 3.°) 2.° Obedecerlos mientras permanezcan en su poder y tributarles respeto y reverencia siempre (art. 154, párrafos 1.° y 2.°).
Deberes del adoptado en cuanto á la *persona* del adoptante.....	Los mismos que tocante á los padres legítimos ó naturales (artículo 154, pár. 2.°, y artículo 176).
Deberes del hijo legítimo ó natural y del adoptado en cuanto á los *bienes*.....	Ninguno especial y concreto.

Derechos especiales { 1.° Usar su apellido si así lo ex-

por cualquier título lucrativo (artículo 160).

Derechos de los hijos legítimos, naturales, y del adoptado, en cuanto á los *bienes*.....

b) El dominio, el usufructo y la administración de los que gane de igual modo, viviendo independiente de sus padres ó del adoptante, con consentimiento de los mismos, respecto de cuyos bienes se le considera como emancipado (artículo ídem).

c) Las ganancias que obtenga con el caudal de los padres ó adoptantes y que éstos le cedan expresamente (art. 161).

d) La propiedad y el usufructo de los bienes ó rentas que le hayan sido donadas ú otorgadas para su educación é instrucción (art. 162).

e) La propiedad de los bienes reservables (art. 968).

BIOLOGÍA DE LA PATRIA POTESTAD

NACIMIENTO Y EXTINCIÓN DE LA MISMA

Modos por los que se adquiere.

La patria potestad sobre los hijos legítimos y naturales y sobre los adoptados se adquiere respectivamente (art. 154) por. .....
1.° Matrimonio de los padres.
2.° Reconocimiento del hijo natural.
3.° Adopción.

Modos por los que acaba.

Extrajudiciales.....

Absolutos...
1.° Muerte de los padres ó del hijo (art. 167, núm. 1.°).
2.° Mayor edad (art. 314, núm. 2.°).
3.° Adopción (art. 167, núm. 1.°).

Relativos....
1.° Matrimonio del menor (art. 314, núm. 1.°).
2.° Concesión voluntaria del padre ó de la madre (art. 314, núm. 3.°). Son relativos ambos casos porque el menor no puede enajenar y gravar bienes inmuebles, ni tomar dinero á préstamo hasta la mayor edad, sin consentimiento del padre ó de la madre (artículos 59 y 317).
3.° Segundas nupcias de la viuda no habiéndola relevado expresamente de esta pérdida el marido en su testamento (art. 168), pues si vuelve á enviudar adquiere de nuevo la patria potestad (art. 172).

Judiciales.....
1.° Sentencia firme en causa criminal en la que se imponga como pena la privación de tal derecho (art. 169, núm. 1.°).
2.° Sentencia firme de divorcio en que se declare la pérdida de la patria potestad (art. 169, núm. 2.°).
3.° Incapacidad, ausencia é interdicción civil, declaradas judicialmente (artículo 170).
4.° Dureza excesiva de los padres, órdenes, ejemplos ó consejos corruptores (artículo 171).

CAPÍTULO V

DE LA ADOPCIÓN

Á la manera de un árbol corpulento y frondoso que á golpes de hacha fuese perdiendo sus ramas hasta quedar sólo el tronco, del mismo modo la institución de que nos vamos á ocupar en este capítulo ha ido sufriendo el embate del legislador, habiendo quedado reducida en el moderno Código á su más concentrada expresión en unos cuantos artículos, que no por ser cortos en número, dejan de presentar fases diversas, que habrán de ser tratadas con la relativa extensión que la índole de esta obra permite.

Analizando los elementos que componen el cap. V del tít. VII del libro primero, materia de nuestro estudio, hallamos unos que pudiéramos llamar cardinales, de esencia, y otros formales, mas sin que su índole formalista les despoje de importancia; antes al contrario, la tienen de tal naturaleza, que puede decirse con respecto á ellos, truncando el sentido de la frase, que supeditan el fondo á la forma.

Son los primeros aquellos que constituyen el neuro esqueleto de la adopción; quiénes puedan adoptar; quiénes no, ó lo que es lo mismo, á qué personas permite y á cuáles prohibe la ley dar expansión á los dulces sentimientos del cariño y de la simpatía; cuáles

son los derechos del adoptante y adoptado, y cuáles sus recíprocas obligaciones; que á estos cuatro puntos de mira se reduce todo el desenvolvimiento dado en el articulado del Código á la materia de la adopción.

Son los elementos formales aquellos que se encaminan á exteriorizarla, revistiéndola de las garantías de la ley y rodeándola de los requisitos indispensables para que surta todos sus efectos.

Así, v. gr., la necesidad de la autorización judicial, el consentimiento del adoptado, el otorgamiento de escritura pública, su inscripción en el Registro civil.

Nos hallamos al frente de una institución que ha sido combatida duramente, suponiéndola causa de graves trastornos en el seno de la familia, y aun fuera de ella. Se ha dicho que fomenta la inmoralidad, dando al célibe libertino un medio para que al llegar á la ancianidad encuentre los cuidados que no quiso buscar en el matrimonio.

Se han amontonado supuestos, hijos de imaginaciones temerosas, temores que han dado su fruto en algunos países como Portugal, donde en el Código civil para nada se menciona la adopción.

Estos mismos temores, y sobre todo, el convencimiento que tenían nuestros civilistas del año de 1851 de que la adopción no encajaba en nuestras costumbres, estuvieron á punto de producir también sus resultados cercenando de raíz las tradiciones del Derecho y pasando en silencio todo cuanto se relacionara con lo que las Partidas llamaron profijamiento. Bien á las claras lo da á entender el Sr. D. Florencio García Goyena en sus comentarios y concordancias al famoso proyecto que más arriba hemos enunciado.

Y en verdad que si se atiende al carácter nacional, altivo é independiente, parece como que los legisladores de aquella época, al observar la indiferencia y hasta diremos el despego con que los españoles miran esta institución, no buscando en sus preceptos esa tan decantada suavidad y dulzura del cariño que se profesan dos personas no ligadas por vínculos de sangre, estaban en lo cierto pretendiendo borrar una tradición adventicia venida á nuestro suelo por la influencia romana al alborear el renacimiento de los siglos medios.

Es cualidad distintiva de nuestro carácter una propensión manifiesta á exagerar la nota de la individualidad, rechazando toda subordinación. Tal vez por esto, cuanto restringe esa libertad individual de un modo permanente con la natural excepción de aquellos reconocimientos y sumisiones que traen su origen de la sangre ó de la afinidad electiva de los sexos se mira con marcada impasibilidad.

No es esto dirigir ofensa á los sentimientos y al carácter nacional; no es otra cosa que narrar un hecho conocidísimo, y de que da elocuente prueba la colección de sentencias del Tribunal Supremo, donde sólo se registra una concerniente á la materia que estamos tratando.

Otra prueba nos ofrece la extensa comarca aragonesa, donde bien sabido es, por lo que dice Lissa y por lo que arroja la experiencia, que ni los varones ni las hembras adoptan, no obstante la amplitud del Fuero; y la razón es obvia: si la observancia *Ne pater vel mater pro filio teneatur* consigna *Item de consuetudine Regni non habemus patriam potestatem;* si no existe la patria potestad legal, aun cuando de hecho y por derecho

universal se reconozca; si á los catorce años el poderío, no del Fuero, sino del amor paterno, se entibia porque la autoridad del padre se extingue, ¿cómo van los aragoneses á buscar una institución que finge un poder cuando el Fuero se complace, siquiera como protesta al absorbente Derecho romano, en negarlo? Y lo que decimos de los aragoneses lo hacemos extensivo á los pobladores de todos los territorios de la Península.

Si la costumbre nacional debe ser el molde en que ha de fundirse la ley, forzoso es reconocer que siendo la adopción en España institución de la que el pueblo se aleja, no por cálculo, sino por movimiento irreflexivo de la tradición, los preceptos que de ella se ocupan huelgan en el Código.

Claro es que hablamos mirando por el objetivo del Derecho histórico nacional, no del importado de Roma en el monumento más hermoso de la legislación en el siglo XIII.

No queremos decir por esto que seamos enemigos de la adopción, ni puede haber nadie que lo sea, antes somos partidarios de ella; pero en nuestra condición de fieles observadores de la realidad, no podemos menos de presentar sin torcimientos, lo que nuestra vista descubre.

Conocemos las poderosas razones que militan en favor del prohijamiento, y las estimamos en su innegable valía.

Todo cuanto redunde en beneficio del ser desamparado; todo cuanto propenda al bien del escogido del infortunio, abriéndole las puertas de la ley, recogiéndole á su amparo y garantizando sus derechos, debe tener un lugar escogido en la legislación de un pueblo.

Viene á ser una invitación á realizar actos nobles, siquiera porque, como dice Berlier en su discurso sobre la adopción, el bien necesita las más de las veces ser indicado para ser cumplido.

Creemos, pues, que aunque la tradición de nuestro derecho indígena se muestra silenciosa en este punto, no huelga que se consignen en el cuerpo legal por excelencia estas leyes bienhechoras, que más que como extrañas á la paz y sosiego de las familias, inconvenientes que ya el legislador prevé y evita, deben ser miradas como compañeras de las costumbres, porque, lejos de corromperlas, las mejoran.

La institución es buena en sí; practíquese ó no, esto no afecta á su bondad.

Después de todo, hay que repetir lo que la *Cour de Cassation* de Francia, al dictaminar sobre la conveniencia de implantar la adopción: «Hay peligro en la introducción de ciertas leyes que no están en armonía con las costumbres, cuando se imponen imperativamente; pero aquellas otras de simple facultad, leyes permisivas, que conceden un derecho, no hay peligro de ningún género en su reconocimiento y admisión».

Las leyes referentes á la adopción son leyes de la última clase mencionada.

Descartando ya la cuestión de conveniencia, y pues que es un hecho consumado que hay que respetar, examinemos, así á la ligera, las reformas que el Código introduce.

Nótase á primera vista que ha desaparecido lo que desde el Derecho romano acá se ha denominado arrogación.

Encontramos muy justa la exclusión que hace el Código.

Institución romana hasta en la etimología y significado jurídico de la palabra, pudo existir en un pueblo que ponía toda su atención en adorar el principio de autoridad. La arrogación en Roma por razones de conveniencia política se concibe; al cabo no era indiferente ni al Estado ni á la religión que desapareciera una familia y un culto, y fuera la familia á extinguirse como cuerpo independiente é integrante de la ciudad, fortaleciendo el poder del arrogante, y fuera el culto á tributarse á los dioses familiares del que ejercía la *potestas*.

Pero el abigarramiento romano no se puede estatuir en nuestro Derecho.

Conveniencias é intereses de Roma dividieron la adopción en dos ramas. Siguióla servilmente en su afán de copiar la legislación resucitada, el Código de las Partidas; pero desaparecidas esas razones y ciñéndose á la concepción pura de la idea jurídica, nuestro Código civil ha borrado esas inútiles diferencias.

Ha desaparecido también la distinción entre adopción plena y menos plena, según el adoptante fuera un ascendiente del adoptado ó un extraño.

Encontramos asimismo fundada esta determinación de los legisladores. Los derechos que la adopción confiere son exclusivos al apellido del adoptante, á los alimentos y á la herencia testamentaria, á la voluntad de aquél.

Mayores derechos lleva consigo la mera cualidad de descendiente con respecto á los ascendientes.

No hay, por tanto, razón abonada para conferir á

éstos el derecho de adoptar, en busca de una paternidad ficticia que vendría á refluir en daño de los derechos del descendiente.

Hallamos también variación en la edad que se necesita para adoptar, y en la diferencia de tiempo que debe mediar entre el adoptante y el adoptado.

Asimismo, en los derechos hereditarios del adoptado, en la prohibición de heredar abintestato, que contraría la legislación que ha venido rigiendo, si bien se ha creído por muchos, y entre otros por Febrero, que las leyes de Partida que consignaron el derecho á suceder abintestato del adoptado, fueron derogadas por la ley 1.ª del título XX del lib. 10 de la Novísima Recopilación, ó sea la 28 de Toro.

Nada decimos del consentimiento del adoptado ó de sus representantes legales, porque este precepto recoge la tradición jurídica.

Respecto á la intervención del Ministerio fiscal, no se hace otra cosa que seguir el precedente marcado en el art. 1.829 de la ley de Enjuiciamiento civil.

Vamos, finalmente, á fijarnos un momento en el contenido del último artículo del capítulo V, que concede al menor ó incapacitado el derecho de impugnar la adopción dentro de los cuatro años siguientes á la mayor edad ó á la fecha en que la incapacidad haya desaparecido.

No nos desagrada ese derecho, que constituye un reconocimiento de la personalidad plena del adoptado, y una solemne garantía de la libertad individual. Pero por lo mismo que en el art. 180 se fija un término que presupone una prescripción del derecho concedido, á contar de la cual, adquiere la adopción un carácter irre-

vocable, nos parece dicho artículo incompleto porque no se determinan cuáles son las justas causas de impugnación que pudieran alegarse.

Notamos en todo el articulado cierto espíritu de eclecticismo, oportunismo legal, si vale la expresión, que no nos satisface, y echamos también de ver vacíos de importancia que pueden originar en el terreno de la práctica, cuestiones que ya iremos señalando.

Algo más nos hemos extendido en este somero examen de la institución de lo que es nuestra costumbre; pero por lo mismo que se rompe con la legislación antigua, hemos creído conveniente poner de relieve en las precedentes consideraciones el proceso de la adopción en el transcurso de los siglos. De esta suerte, la inteligencia del comentario se facilitará extraordinariamente.

ART. 173. Pueden adoptar los que se hallen en el pleno uso de sus derechos civiles y hayan cumplido la edad de cuarenta y cinco años. El adoptante ha de tener por lo menos quince años más que el adoptado.

Concordancias.—Análogo al art. 133 del proyecto de Código de 1851 é igual al 139 del de 1882.

PRECEDENTES LEGALES.—*Fuero Real, lib. IV, tit. XXII, ley* 1.ª—Mandamos, que todo ome varon que haya edad que no hobiere fijos, o nietos legítimos o dende ayuso, que puede recebir por fijo a quien quisiere, quier varon, quier muger, solo que sea tal que pueda heredar: e si despues que lo hobiere recebido hobiere fijos legítimos, tal recebimiento no vala nada: mas los fijos legítimos hereden lo suyo, e de su quinto dé al fijo que recebiere lo que quisiere.

Fuero Real, lib. IV, tit. XXII, ley 2.ª—Porque el recebimiento del fijo es semejable á la natura, no es razon que home de menor edad pueda recebir por fijo á home de mayor edad que sí ó de tanta como el es; mas quien alguno recebiere por fijo, recibale tal que por edad le pudiese haber por fijo: é quien de otra guisa lo recebiere, tal recebimiento no vala, si no fuere fecho con otorgamiento del Rey, ante ó despues.

Part. 4.ª, *tit. VII, ley* 7.ª—Porfijamiento es una manera de parentesco que estableció el Fuero de los legos, porque se embargan los casamientos; sin las otras maneras de parentesco, que son carnales, e spirituales que diximos en las leyes ante desta, porque se embargan. E tal parentesco como este es dicho segund las leyes, allegança derecha de porfijamiento, que fazen los omes entre si, con grande deseo que han, de dexar en su lugar quien herede sus bienes. E por ende resciben por fijo; o por nieto, o por visnieto, aquel que non lo es carnalmente. E este porfijamiento, o parentesco atal, se faze en dos maneras. La vna se faze por otorgamiento del Rey, o del Principe de la tierra: e esta es llamada en latin *arrogatio;* que quier tanto decir en romance, como porfijamiento de ome. que es por si, e non ha padre carnal; e si lo ha, es salido de su poder, e cae nueuamente en poder de aquel que lo porfija. E tal porfijamiento como este se faze por pregunta del Rey, o del Principe, en esta manera, diziendo aquel que porfija a otro: ¿Plazete de rescibir a este por tu fijo legitimo? e deue estonce responder, quel plaze: otrosi deue preguntar aquel que porfija: ¿Plazete de ser su fijo deste que te porfija? deue responder que le plaze. E estonce deue el Rey dezir: Yo lo otorgo: e deuel ende dar su carta. La segunda es, la que se faze por otorgamiento de qualquier Juez. E esta llamada en latin *adoptio;* que quier tanto dezir en romance, como porfijamiento de ome, que ha padre carnal, e es en su poder del padre: e porende non cae en poder de aquel quel porfija. E de la manera deste porfijamiento diximos complidamente adelante en el Titulo de los Porfijamientos. E por este parentesco atal embarganse los casamientos. Ca el padre que porfija alguna muger, o la rescibe por nieta, o por visnieta, nunca puede con ella casar, maguer se desfaga el porfijamiento. Esso mismo seria, si alguna muger porfijase algun ome por mandado del Rey, segund dize el Titulo ya dicho. Otrosi los fijos carnales non podrian casar con aquellos que porfijaron sus

padres, o sus madres, mientras durasse el porfijamiento. Mas si el porfijamiento se desfiziese, bien podrian casar. Pero si alguno porfijase muchos, asi que entrellos ouiese varones, e mugeres, estos atales bien podrian casar unos con otros, quier se desfaga el porfijamiento, o non.

Part. 4.ª, *tit. XVI, ley* 1.ª—*Adoptio* en latin, tanto quier dezir en romance, como porfijamiento. E este porfijamiento es vna manera que establescieron las leyes, por la qual pueden los omes ser fijos de otros, maguer non lo sean naturalmente. E puedesse fazer en dos maneras, segund dize en el Titulo del Compradadgo, e del Porfijamiento, por que se embargan los casamientos, en la ley que comiença: El porfijamiento es vna manera de parentesco. E porque dan los omes algunas vegadas sus fijos legitimos, e naturales, á otros que los porfijen; porende en tal porfijamiento como este ha menester, que aquel a quien porfijan, que consienta; otorgandolo por palabra, o callandose non contradiziendo. Pero si porfijassen alguno que non oviesse padre, o si lo ouiesse, fuesse salido de su poder, entonce conuiene por fuerça, que este tal consienta manifiestamente, otorgandolo por palabra. E quando se faze el porfijamiento, deuen ser guardadas todas las otras cosas que diximos en el Titulo de Compradadgo, en las leyes que fablan en esta razon; e las otras que dezimos en las leyes deste Titulo.

Part. 4.ª, *tit. XVI, ley* 2.ª—Porfijar puede todo ome libre, que es salido de poder de su padre. Pero ha menester el que quisiere esto fazer, que aya todas estas cosas: que sea mayor, que aquel a quien quiere porfijar, de diez e ocho años: e que aya poder naturalmente de engendrar, auiendo sus miembros para ello, e non seyendo tan de fria natura, por que se le embargasse. Otrosi ninguna muger non ha poder de porfijar; fueras ende en vna manera, si ouiesse perdido algun fijo en batalla, en seruicio del Rey; o en fazienda, en que se acertasse con el comun de algun Concejo. Ca si por esta razon quisiesse porfijar a otro, por auer conorte de aquel que perdio, puedelo fazer con otorgamiento del Rey, e non de otra guisa. Ca si ellas por si mesmas lo pudiessen fazer, podria ser, que las engañarian los omes, o ellas a ellos, de manera que nasceria ende mucho mal.

COMENTARIO.—Una de las dificultades mayores de los Códigos para las personas profanas y también para aquellas que, versadas en la ciencia jurídica, por la naturaleza de sus cargos y por la injuria del tiempo, no pueden dedicar su atención á profundizar en el espíritu que encierran esos preceptos matemáticos, áridos y secos de todo razonamiento de los Cuerpos legales modernos, es precisamente apreciar en su verdadera significación el articulado, y sobre todo, abarcar dentro del concepto jurídico expresado la variedad de casos y circunstancias que aquel precepto encierra y que sólo la práctica constante enseña, ó una atención consagrada exclusivamente al examen analítico del Código y á su comprobación sintética por la adaptación de la idea que presidió al desarrollo obtenido.

Esta dificultad se acrecienta en el capítulo que tratamos, porque nuestro Código civil ha sido tan parco en la expresión de la doctrina concerniente á la adopción, que es forzoso suplir su silencio presentando las dudas que han de producirse inmediatamente que se trate de aplicar sus preceptos.

¿Qué es adopción? Basta leer el art. 178 del Código, donde se habla del consentimiento del adoptado ó de las personas que suplen su incapacidad legal, para convencerse de que es un contrato. En efecto: hallamos la causa, la voluntad manifiesta, en el consentimiento, y lo que pudiéramos llamar contenido, ó sean las recíprocas obligaciones y derechos de adoptante y adoptado.

Concurren, pues, los tres requisitos esenciales en todo contrato, según el art. 1.261 del nuevo Código. Consentimiento, objeto cierto y causa, ó sea el sentimiento de liberalidad del bienhechor, para usar de las mismas palabras que emplea el Código civil.

Viso la define como especie de prohijamiento.

Escriche, Laserna, Febrero como acto solemne.

El contrato también es acto, como toda determinación voluntaria, y nosotros, más conformes con Rogron, decimos que es un contrato irrevocable, revestido de formas solemnes, por el que, mediante la aprobación judicial, toma una persona adornada de las condiciones necesarias bajo su protección á un extraño que, sin salir de su familia natural y conservando todos sus derechos, adquiere el de ser alimentado por el adoptante, usar su apellido y heredar por testamento sin perjuicio de herederos forzosos, si los hubiere.

Seguramente extrañará que rompiendo con todas las anteriores definiciones que se han dado de la adopción, digamos que es un contrato por el que tomamos bajo nuestra protección, y no un contrato por cuya virtud se establecen las relaciones de la paternidad y filiación puramente civiles; pero en el rigor del actual derecho positivo no podemos sostenerlo de un modo absoluto.

Pudieron decirlo los romanos porque su adopción no era más que una paternidad ficticia creada por la ley.

Pudieron definirla del modo expresado los autores de Derecho civil que escribieron sus tratados rigiendo la legislación hoy derogada, porque ésta concedía al adoptado el derecho de suceder abintestato, y existiendo descendientes una porción en concurrencia con herederos forzosos.

También pueden los autores franceses, como lo hace Rogron, decir que por la adopción se crean los lazos de la paternidad y filiación puramente civiles: 1.°, porque sólo puede entrarse en ella pasando por la prueba de la tutela oficiosa; 2.°, porque ahí está el art. 350 del Código Napoleón, que establece que el adoptante tendrá sobre la sucesión del adoptado los mismos derechos que los del hijo nacido del legítimo matrimonio, y porque avanzando hasta el último extremo, llega á concederle en la herencia los derechos del hijo legítimo nacido después de realizada la adopción.

Mas nosotros no podemos sostener que sea una paternidad ficticia, porque el derecho á los alimentos, salvando el preferente de los hijos naturales reconocidos y de los ascendientes del adoptante, y el uso del apellido de este último, no son ni con mucho los efectos civiles de la paternidad legítima.

Para nosotros, el efecto de más transcendencia en el orden civil de la paternidad está en la sucesión hereditaria, por cuya virtud la personalidad del padre es reemplazada por la del hijo, y éste, adquiriendo todos los derechos y todas las obligaciones, contempla en la herencia el tesoro de cariño que supone los esfuerzos acumulados de su progénito.

Así lo comprendieron los legisladores de la vecina República, y en esta inteligencia dictaron sus leyes. Si se borra el derecho á suceder al adoptante, se borra la adopción, y sólo queda un contrato de beneficencia mutua, de protecciones recíprocas; pero no

un contrato que imita la paternidad natural por la aplicación de sus importantísimos efectos en el orden civil.

Esta es la razón que nos ha movido á definir la adopción tal y como se deriva de los preceptos del Código.

Ocurre á seguida preguntar á qué criterio se ha ajustado el Código civil al legislar sobre la adopción.

Difícil es la respuesta, porque si bajo el aspecto que la hemos examinado parece, según nuestro entender, que con la idea de borrar todo antagonismo en la familia por la introducción de un individuo ajeno á ella se ha desnaturalizado la adopción en sus fundamentos, bajo otro aspecto, no cabe duda que se ha tenido presente el antiguo axioma romano de que *Adoptio est æmula naturæ, seu naturæ imago.*

Verdad es que la familia la forma la naturaleza, como dice Berlier; pero cuando la naturaleza no la concede al adoptante y éste cifra su cariño y sus esperanzas en el que adoptó, ¿á qué someter el porvenir del último á un formalismo que tal vez por ignorancia no solemnice el adoptante? ¿A qué dejar sus derechos en el aire y no consignarlos en la ley?

En esta pugna de principios, que salta á la vista con la sola lectura de los artículos consagrados á tan debatida materia, y en esta fluctuación de criterios, no cabe responder otra cosa sino que el Código se inspira en un eclecticismo censurable, y que por una parte busca en las apariencias corporales por la diferencia de edad, la imagen de la naturaleza entre padre é hijo, y por otra cercena los derechos del adoptado ó los somete á un formalismo ridículo.

Visto, pues, que no ha presidido criterio alguno fijo, y que á la manera de aquellos arquitectos de la decadencia que al restaurar edificios de la antigüedad mezclaron estilos diversos del de la construcción, tomando de aquí y de allá sin parar mientes en la unidad, condición precisa en todo organismo, no extrañará seguramente que notemos vacíos que la jurisprudencia del Supremo Tribunal habrá de suplir, si hay alguno que adopte en España, ó mejor dicho, si hay alguno que quiera ser adoptado.

Hemos dicho también al definir, que la adopción era un contrato irrevocable. El silencio del Código y el art. 180 nos dan la clave de esta afirmación. Previendo que pudiera haber un adop-

tado que después de gozar de los beneficios que el adoptante le dispensara, le abandonase valiéndose para ello de la facilidad de la revocación; con el deseo de evitar convenios inmorales entre adoptante y adoptado, y sobre todo, fija la idea en que la adopción imita la naturaleza, el Código, en nuestra opinión acertadamente, ha dejado traslucir, ya que no lo ha expresado categóricamente, la irrevocabilidad de la adopción.

Y no vale decir que con su silencio consiente la revocación, porque á este argumento se contesta casi con las mismas palabras; á saber, que con su silencio sanciona la irrevocabilidad del contrato de adopción.

Pero no es sólo su silencio. Pudiera aquí repetirse lo que Paulo en el libro de las Cuestiones (1) con referencia á Antistio Labeon, creador de la escuela Proculeyana: *nec enim moribus nostris convenit filium temporalem habere.*

Corrobora la doctrina que sostenemos el art. 180 que concede al menor ó incapacitado el derecho de impugnar la adopción dentro de los cuatro años siguientes á su mayor edad ó desaparición de la incapacidad.

En efecto, la facultad limitada á cuatro años presupone que pasado dicho tiempo la acción que el Código le concede caduca, prescribe en términos de derecho, y consiguientemente por la consolidación de estado, no puede el mayor ó el capaz impugnar el contrato que sus padres ó tutor otorgaron, porque estando en edad de apreciar la situación legal que el acto de sus representantes le creara, lo ha consentido.

Si pues de las consideraciones precedentes se deduce que habrá de prevalecer incólume la adopción sin poder ser atacada, la consecuencia que se desprende inmediatamente es que, no pudiéndose anular, tiene el carácter de irrevocable, según el sentido legal y gramatical de la palabra.

Extendiendo estas consideraciones: si el adoptado es mayor de edad y consiente, como el consentimiento implica la renuncia de toda impugnación, su situación es idéntica á la del mayor que, habiendo sido adoptado en su minoridad, no impugna la adopción dentro de los cuatro años siguientes á su mayoría.

De todas suertes y bajo todos aspectos es forzoso reconoc

(1) Dig. *De adoptionibus et emancipationibus.* L. 34, Tit. VII.

que es un carácter esencial de la adopción que tácitamente le confiere nuestro Código civil, el de la irrevocabilidad.

Ahora bien: así como la legislación de Partidas al otorgar al adoptante aquella amplitud contraria á derecho para sacar al adoptado de su guarda pecó por exceso, así el Código novísimo peca por defecto.

Ya se sabe que la regla general es la de la irrevocabilidad de la adopción; pero sabido es también que la excepción confirma la regla, y que se pueden presentar, y de hecho se presentan causas tan graves, que llevan consigo aparejada la relajación, y hasta diré la destrucción del vínculo puramente benéfico creado por la ley.

Sin embargo, el Código calla sobre este punto.

Para mayor comprensión pondremos un ejemplo:

Un varón de cincuenta años, casado con una mujer de treinta, adopta, con el consentimiento de su cónyuge, á un menor de catorce, v. gr., y al cabo de dos ó tres años descubre que su esposa falta á la fidelidad conyugal cometiendo adulterio con el adoptado. Y si no se quiere este caso, puede suponerse el de que el adoptado atente contra la vida del adoptante ó éste contra la del adoptado ó contra su pudor. En cualesquiera de ellos, ¿subsistirá la adopción? ¿Producirá sus efectos civiles y persistirá la recíproca obligación de alimentos, y el adoptado que ha mancillado el apellido del adoptante lo seguirá usando, escarneciéndolo públicamente? ¿No serán justas causas para destruir la adopción las que hemos señalado y otras muchas que pudieran presentarse? A nuestro entender lo son, no obstante el mutismo de esfinge del Código, y opinamos que, alegadas ante los Tribunales y probadas plenamente, no habrá Juez que repudie el fallo justo por oscuridad ó insuficiencia de la ley, so pena de incurrir en la responsabilidad del art. 368 del Código penal, á tenor del art. 6.º del Código civil que dice: «El Tribunal que rehuse fallar á pretexto de silencio, oscuridad ó insuficiencia de las leyes, incurrirá en responsabilidad. Cuando no haya ley exactamente aplicable al punto controvertido, se aplicará la costumbre del lugar, y en su defecto, los principios generales del derecho.»

Ahora bien: es imposible negar, con sujeción estricta á los principios generales del derecho, que cuando se destruyen los fundamentos de una institución, ésta no puede subsistir.

La herencia, que santifica y ennoblece la memoria del testador, porque supone una vida de afanes ó la simpatía de un moribundo que concentra su última esperanza y la transmite á quien instituye, desaparece por indignidad del instituído ó causa grave.

La donación, contrato gratuíto ó de beneficencia, como lo clasifica Ahrens, se borra por la ingratitud, enervadora de su causa.

Y la adopción, ¿habrá de ser menos?

No; las causas de indignidad y de desheredación congruentes, deberán aplicarse como de revocación de la adopción.

No es esto ninguna novedad; el Código guatemalteco, que es, á nuestro entender, el que mejor trata esta materia, prevé estos casos y los resuelve con facilidad admirable y verdadero sentido jurídico.

Dentro de nuestro Código civil no hay duda que las cinco primeras causas de indignidad para suceder que determina el artículo 756, y que se refieren al abandono de los hijos y prostitución de las hijas ó atentado á su pudor; al condenado en juicio por atentado contra la vida del testador, ó su cónyuge, descendiente ó ascendiente; al que acusare al testador de delito castigado por la ley con pena aflictiva, si la acusación fuese calumniosa; al que siendo mayor de edad y sabedor de la muerte del testador no la denunciare, y al condenado en juicio por adúltero con la mujer del testador, todas estas causas gravísimas, así como las de desheredación de los artículos 853 y 854, relativas á los malos tratos de obra y palabra, atentado contra las personas, conducta relajada, si se tratase de hembra que hubiese sido adoptada y se entregase á la prostitución, y otras causas que en la práctica han de presentarse y que habrán de quedar á la prudencia y pericia judiciales, debiera haberlas recogido el Código en un sencillo artículo de referencia, toda vez que su aplicación es congruente con solo escribir *adoptado* donde dice *heredero*, y *adoptante* donde se lee *testador*.

Con procedimiento tan natural evitaríase la posibilidad de que presentándose el caso ante los Tribunales de justicia, caigan éstos en perplegidad y confusión y se abstengan de resolver, ó interpretando el mutismo del Código como una negativa opuesta á la revocabilidad de la adopción aun por causas tan graves como las

enunciadas en los artículos 756, 853 y 854, sofoquen el espíritu con el rigor de la letra.

Definida la adopción y fijado su carácter esencial, estudiemos quiénes tienen capacidad para adoptar.

El artículo que comentamos exige dos requisitos esenciales. Es el primero el de hallarse en el pleno goce de los derechos civiles. Disfrutan de este fundamental derecho los que son capaces para todos los actos de la vida civil, entre los cuales podemos enumerar la patria potestad; la administración de los bienes de la sociedad conyugal; la facultad de ser tutor, protutor ó individuo del consejo de familia; la de disponer libremente de los bienes por *actos inter vivos*, donándolos, vendiéndolos, permutándolos, arrendándolos, imponiendo sobre los mismos derechos reales de usufructo, servidumbre, censo, hipoteca, etc.; la de suceder por testamento y abintestato, y la de recibir por donación *inter vivos*, puesto que la *mortis causa* se equipara al legado y se halla comprendida en la que hemos expresado de suceder por testamento.

¿Quedará esta primera condición incompleta si alguna de las facultades que hemos enumerado faltase? No. Según nuestro criterio, la restricción de la capacidad jurídica ha de proceder de un estado de la persona que afecte de un modo general á su determinación como individualidad de derecho en las relaciones de la vida civil.

Aclaremos con un ejemplo nuestro pensamiento.

A está desempeñando la tutela de *B*, y debido á su negligente administración es removido del cargo.

Según el art. 237 del Código, están inhabilitados para ser tutores y protutores «los que hubieren sido removidos legalmente de otra tutela anterior». Nos encontramos con que en lo sucesivo la capacidad jurídica de *A* no es plena, porque hay un derecho constitutivo de dicha capacidad, del cual *A* no puede disfrutar. ¿Estará por esta circunstancia imposibilitado legalmente de adoptar? En nuestro sentir, no; porque la limitación enunciada no procede de un estado de la persona que afecte de un modo general á su determinación en las relaciones de la vida civil como individualidad de derecho, sino de un hecho que influye particular y aisladamente sobre una sola relación de derecho.

Pero supongamos que *A* dilapida sus bienes con perjuicio de

sus hijos, y que á petición de éstos ó del Ministerio fiscal se le declara pródigo en sentencia firme. *A* no podrá adoptar porque el estado que la declaración de prodigalidad crea, afecta de un modo general á su capacidad, restringiéndola, dando lugar al nombramiento de un tutor que supla esa restricción.

En el primer caso, no podemos afirmar que la capacidad de *A* se ha restringido; en el segundo sí, y así lo reconoce el Código cuando en el art. 32 declara que la menor edad, la demencia, la imbecilidad, la sordo-mudez, la *prodigalidad* y la interdicción civil no son más que *restricciones* de la personalidad jurídica.

Es la segunda condición la de ser el adoptante mayor de cuarenta y cinco años y exceder en quince al adoptado. Sólo la observancia á medias de la antigua máxima romana de que *Adoptio est natura imago*, y de las tradiciones jurídicas, puede explicar esta diferencia y esta precisa edad de cuarenta y cinco años en un Código como el nuestro, que cercena la adopción hasta reducirla á un contrato de protección recíproca. Se pretende que la imagen sea perfecta, y se busca una edad en la que se presume domina en el hombre la madura reflexión del adulto que comienza á declinar hacia la vejez y en la que asimismo se espera no habrá de tener sucesión. Esta edad la fijaron los romanos con perfecto sentido práctico en sesenta años: la mayoría de los Códigos europeos y de las Repúblicas americanas la fijan en cincuenta; sirva de ejemplo entre los primeros el Código francés y el italiano. Nuestro Código avanza hasta los cuarenta y cinco años.

No acertamos á descubrir qué razones ocultas ha tenido el Código para reducir á cuarenta y cinco años la edad necesaria para adoptar. No será, seguramente, la inteligencia de que siendo más precoces las naturalezas meridionales, más pronto se destruyen, porque ahí está el Código italiano desmintiéndolo y estableciendo la edad de cincuenta años. Nadie pondrá en duda que es más apto para engendrar el varón de cuarenta y cinco años que el de cincuenta, y todos los días se están dando casos de matrimonios desiguales por la edad, en los que, siendo el varón de más de cuarenta y cinco años, consiguen numerosa descendencia. Así es que no nos atrevemos á sostener que se haya anticipado la edad en consideración á la menor probabilidad de tener hijos y evitar de esta suerte la situación siempre violenta de un adoptado en concurrencia con hijos de legítimo matrimonio, porque el

hecho y la idea son contradictorios. Sólo hallamos algo que justifique esta originalidad, en el estado á que ha dejado reducida la adopción el nuevo Código, por la restricción de los derechos del adoptado.

No es esta sola la innovación; también la hay en la diferencia de edad que debe existir entre adoptante y adoptado.

«Pues que la adopción inmita la naturaleza, dice el pár. 4.° del tít. XI, libro primero de la *Instituta*, y es una cosa monstruosa que el hijo tenga más edad que el padre, así el que toma un hijo en adopción ó arrogación debe excederle en una pubertad plena, esto es, en diez y ocho años.»

Nuestro Código, para ser ecléctico en todo, lo es hasta en este particular, y señala quince años por lo menos.

De esta suerte consigue, no una imitación perfecta, sino incompleta, porque raro será el que á los quince años se encuentre en aptitud de engendrar. ¡Cada vez se confirma más la falta absoluta de criterio fijo que en el desarrollo de esta institución se nota!

Agotada la materia últimamente expuesta, y pues que es visto quiénes pueden adoptar, digamos ahora quiénes no pueden adoptar. Desaparecieron aquellas antiguas incapacidades del castrado y del impotente, rigorismos sin fundamento que no resisten la más ligera crítica; desapareció venturosamente la de la mujer; al cabo hemos vuelto por nuestras buenas tradiciones, reintegrándola en la posesión de sus legítimos derechos. Pero quedan aquéllas que tienen un lógico fundamento.

1.° Así, pues, no puede adoptar el loco, siquiera en su enfermedad cerebral tenga intervalos lúcidos. La razón salta á la vista. La capacidad que para adoptar se necesita es perfecta, porque esto requiere la plenitud de los derechos civiles. El loco, en sus momentos de lucidez, aun suponiéndole dotado de personalidad completa en tales intermedios de razón, sería una personalidad alternativa, no la perenne que el Código exige. Además, si la adopción inmita la paternidad, podemos repetir, no puede nadie ser padre y dejar de serlo en vida del hijo.

2.° Tampoco puede adoptar el pródigo, pero cuya prodigalidad haya sido debatida en juicio contradictorio y declarada por sentencia firme. No hay que esforzarse mucho en demostrar el por qué de su incapacidad para adoptar; pero como pudiera ale-

garse que la declaración de prodigalidad no priva al condenado como tal, de la autoridad paterna, según el art. 244 del Código, y en consecuencia, siquiera fuese por analogía de efectos, tampoco debiera ser óbice á la adopción, contestaremos que siendo, según el art. 32, la prodigalidad una restricción de la personalidad jurídica, y exigiéndola completa el Código para adoptar, la consecuencia que forzosamente se deduce es la de la incapacidad del pródigo que ya dejamos sentada. Por otra parte, no hay paridad entre uno y otro caso, puesto que tratamos de la capacidad para adoptar, y el art. 32 se ocupa de los efectos civiles que se restringen por efecto de la declaración de pródigo. En el primer caso, se trata de adquisición de derechos, que se compensan por las obligaciones consiguientes; en el segundo, de pérdida de derechos.

3.° Finalmente, también es incapaz de adoptar el condenado á la pena de interdicción civil, cuya pena accesoria ha sustituído á la antigua y venturosamente desterrada muerte civil.

Lleva consigo la interdicción, según estatuye el art. 43 del Código penal, los siguientes efectos: priva al penado, mientras la estuviere sufriendo, de los derechos de patria potestad, tutela, protutela (curaduría dice el Código penal), participación en el consejo de familia, de la autoridad marital, de la administración de bienes y del derecho de disponer de los propios por actos *intervivos*.

Ahora bien: se impone la interdicción como pena accesoria al condenado á cadena perpetua ó cadena temporal; pero en este último caso sólo por el tiempo que dure la condena. Dedúcese, pues, y no necesita demostración, la incapacidad del interdicto para adoptar, debida á su falta de personalidad jurídica para ello.

Son estas tres causas de incapacidad distintas de las de prohibición, que trataremos en el artículo siguiente.

Pero puesto que de la interdicción hemos hablado, bueno será en previsión del caso, exponerlo á la consideración de los lectores. Cuando una persona en el goce de todos sus derechos adopte á otra persona cualquiera, y después de solemnizada la adopción, caiga en interdicción civil por haber cometido un delito que lleve tras sí la susodicha pena, ¿cuál será la situación del adoptado? ¿Se disolverá por ello la adopción? En nuestro sentir, y con respecto á la primera pregunta, debemos distinguir dos casos: el de que el adoptado sea menor ó mayor.

Caso 1.°—Aunque el adoptado conserva todos los derechos de su familia natural, salvo el relativo á la patria potestad, que acaba por la adopción, y del derecho de patria potestad extinguido emanan importantes efectos civiles respecto de las personas y de los bienes, creemos, en este caso especialísimo no previsto por el legislador, que debe reintegrarse al menor en la potestad de su padre natural, puesto que la interdicción del adoptante equivale á su muerte si la interdicción acompaña á pena perpetua.

Podrá decirse que lo que se acaba no renace, como el ave fénix; es verdad; pero resulta contra derecho y contra moral, que en vida del padre que dió en adopción á su hijo, las más de las veces para mejorar su situación, guiado, por lo tanto, por los puros afectos del amor paternal, al contemplarle desamparado por la interdicción del adoptante, no recobre sus derechos, no vuelva á nacer su potestad y á ejercitarla sobre la persona y sobre los bienes del ser á quien dió vida, y que ha salido de una potestad fingida por la indignidad del que la ejercitaba.

También es contra moral y derecho que viviendo el padre, se ponga al hijo bajo la guarda de un tutor. ¿Quién cuidará más de aquél? ¿Quién se afanará en conservarle su patrimonio y acrecentarlo, sino el padre á quien sólo le guían sentimientos de dulzura y de acendrado cariño? Siempre, entre la pugna de un padre y un tutor, vencerá el padre. Porque, según el art. 6.°, cuando los cuerpos legales no resuelven el caso, los principios universales del derecho han de ser la norma para fallar acertadamente. Por eso en el caso que hemos supuesto nos hemos inspirado para resolver en el designio de la razón, que al cabo no es otra cosa el derecho.

Claro es que si al caer en interdicción el adoptante, fuera el adoptado menor y huérfano, deberá procederse inmediatamente al nombramiento de tutor que cuide de su persona y bienes, le represente judicial y extrajudicialmente, etc.

Caso 2.°—Si el adoptado fuese mayor de edad, obtendría, á nuestro entender, su independencia, porque ¿qué mayor impugnación y justa causa de aniquilamiento y destrucción de la adopción puede darse que la conducta reprobada del adoptante interdicto? ¿No se suspende la patria potestad del sujeto á interdicción? ¿Pues con cuánta más razón no perderá la otorgada por la

ley? ¿Por ventura está puesto en derecho que el adoptado ha de llevar y usar como estigma infamante el apellido del que lo adoptó?

Sólo una duda pudiera asaltar, y es la concerniente al adoptado necesitado de alimentos, como, por ejemplo, el menor falto de sus padres naturales, el impedido físicamente en el caso mismo de que tratamos. Es nuestra opinión que puesto que la pena es personalísima, el culpable deberá sufrirla íntegramente, y no el ser desvalido, ajeno é independiente de la grave causa que dió margen á la interdicción.

Por lo tanto, la obligación de suministrar alimentos subsistirá íntegra en el adoptante si poseyese bienes, de los cuales habrá de detraerse la porción que judicialmente se señale; pero sin que por esto se entienda en suspenso la adopción, que, á nuestro modo de pensar, queda destruída, salvando esta sagrada obligación.

La interdicción civil no será bastante fuerte para romper la paternidad natural, porque las ligaduras de la sangre, con ser invisibles, no las rompe una pena; pero las leyes civiles de la adopción las destruye la indignidad.

Extrañará que sostengamos que, rota la adopción, subsista la obligación de suministrar alimentos por parte del culpable.

El caso tiene analogías en nuestro derecho en el matrimonio contraído de buena fe por parte de uno, y de mala fe por parte de otro. Conocida la causa de nulidad y disuelto el matrimonio, el cónyuge culpable está en el deber de alimentar á los hijos si los hubiese. Aquí ya no hay matrimonio; sin embargo, existe el deber de alimentar.

Lo mismo decimos de la adopción. No existirá; cierto, pero ha existido, y sus efectos transcienden y sus consecuencias alcanzan al responsable.

La segunda pregunta que hemos formulado es la de si podrá estimarse suficiente causa revocatoria de la adopción la interdicción civil del adoptante. Nuestro criterio ya es conocido. Opinamos que sí, y ya se trate de interdicción que acompañe á pena perpetua ó temporal, conceptuamos suficiente causa el delito, porque envuelve la indignidad del autor, y consiguientemente la ruptura del vínculo que sólo tiene por base la reciprocidad de sentimientos.

¿Qué pureza de afectos tendrá el criminal que arrastra un

cadena? Díganlo los innovadores de la ciencia penal y los notables antropólogos italianos.

Hemos expuesto quiénes pueden adoptar y quiénes son incapaces para ello. Nos resta ocuparnos de quiénes pueden ser adoptados.

El principio generalísimo que del artículo se deriva, es el de que todas las personas pueden serlo, tanto mayores como menores, con tal que entre el que adopta y el que ha de ser adoptado medie una diferencia de quince años, que corresponde á la pubertad en el varón.

Precepto es este cuya amplitud merece elogios, pero que habrá de ser restringido en algunas ocasiones para evitar hondos quebrantos en la paz de las familias.

Resucita en seguida la cuestión tan discutida, así por los juristas extranjeros como por los nacionales, de si podrá ser adoptado por su padre el hijo natural. El Código español nada ha previsto, siguiendo el ejemplo de la legislación francesa, porque de la propia, ya derogada, no es lícito aventurar, en atención á suponerse por algunos escritores que el caso fué resuelto, y que una lógica deducción de la ley autorizaba á ello.

En la polémica mantenida, Escriche sostuvo el criterio radical de la afirmativa. Según dicho escritor, puede el hijo natural ser adoptado. Para sostenerlo, se fundaba en la ley 1.ª del título XVI de la Part. 4.ª Esta ley, al consignar que los hombres pueden ser hijos de otros por prohijamiento, *magüer non lo sean por naturaleza*, suponía Escriche que sancionaba la adopción, porque si *aunque* no fueran hijos por naturaleza podían ser prohijados, evidente es que siéndolo, con mucha mayor razón. Respecto de este extremo, disentimos en absoluto de la interpretación que da á esta ley el sabio autor del Diccionario de Legislación y Jurisprudencia. Respetando su criterio, nos parece que forzó el texto legal para adaptarlo á la tesis por él sostenida.

La ley de Partidas con las palabras *magüer non lo sea naturalmente* no quiso decir otra cosa sino que los extraños, es decir, aquellos que no eran hijos del adoptante por naturaleza, venían á quedar por prohijamiento en idéntica situación que si lo fueran. Esto tiene su explicación por el Derecho romano, que tan á la letra copió la legislación de Partidas, porque en el Derecho de Roma la adopción en sus dos ramas era una perfecta imagen de

la naturaleza. No se explica por el antecedente la interpretación que á la ley 1.ª del tít. XVI de la Part. 4.ª y al proemio quiere dar Escriche, porque sabido es que si los romanos pudieron durante la Monarquía, la República y parte del Imperio adoptar á los hijos naturales, vino la prohibición de Justino, confirmada por Justiniano, á derogar esa amplitud de que gozaban. Alega Escriche otras razones de mucho peso en pro de su opinión.

El silencio del Código civil francés originó la misma duda respecto á la posibilidad de adoptar al hijo natural. Diferentes sentencias de la Corte de Casación de 3 de Junio de 1861 y de 13 de Mayo del 68, citadas por Laurent, han venido á poner fuera de duda, á lo menos en el terreno del derecho positivo, la cuestión, resuelta adversamente por otros Códigos, entre ellos el italiano.

La última sentencia del Tribunal de Casación, dice Laurent, reduce la cuestión á estos sencillos términos: ¿Hay alguna ley que declare á los hijos naturales incapaces para ser adoptados? No. Las incapacidades sólo pueden resultar de un texto preciso y formal de la ley, ó en otros términos, la ley determina las condiciones ó requisitos necesarios para la adopción por parte del adoptante y del adoptado. Nada dice acerca de que el hijo natural no pueda serlo.

Como se ve, en Francia no admite la menor duda. ¿Sucederá lo propio en España?

Al hablar de hijos naturales, débese distinguir entre aquellos que lo son por naturaleza y los que han ganado su cualidad legal de naturales por virtud del reconocimiento de sus padres, y consiguientemente el derecho á llevar el apellido, á los alimentos y á la porción hereditaria que el Código les asigna. De aquí que para los efectos civiles, el reconocimiento es, por decirlo así, el que determina la personalidad jurídica del hijo natural.

Respecto de estos últimos no hay caso, puesto que siendo conocido el padre, y siendo los derechos del hijo natural reconocido de mayor entidad que los del adoptado, entrañaría grave infracción legal cercenarle sus derechos, cosa por otra parte que el Código civil prohibe.

No es sólo la infracción que se cometería; hay otra razón relativa á la incompatibilidad de la patria potestad natural y la que la adopción confiere en una sola persona. Verdad que el ar-

tículo 174 en su núm. 2.º no prohibe la adopción sino á los que tengan descendientes legítimos ó legitimados; pero no es menos cierto que el art. 154 dice: «Los hijos naturales reconocidos están sometidos á la potestad del padre ó madre que los reconoce.» Todavía queda una última razón que concurre con las expuestas á demostrar la imposibilidad legal de que el padre adopte á su hijo natural reconocido.

Si, según el art. 167, la potestad se extingue por la adopción, ¿no sería monstruoso que el hijo perdiera la de su padre, creada por los vínculos de la naturaleza, para adquirir otra ficticia que había de ejercitar precisamente el mismo que poseyera la perdida por la adopción? Si en Francia el Tribunal de Casación ha sentado jurisprudencia favorable á la adopción del hijo natural por su mismo padre, es porque con ello consigue que aquél mejore de condición y adquiera derechos que de otra suerte no disfrutaría; es, en definitiva, porque de tener en la sociedad un desamparado á tener un individuo que ostenta un nombre honrado y halla en la ley la garantía de su persona, ya respecto á los alimentos, á la educación, ó á los bienes por derecho de sucesión, va mucha diferencia.

En nuestra legislación es imposible soñar que pueda el natural reconocido ser adoptado por su propio padre, por la razón que compendia todas: la de que perdería en consideración y en derechos.

Respecto al caso segundo, ó sea el relativo á la adopción del hijo natural que no ha sido reconocido por su padre, conviene advertir que si se hiciese constar en la escritura de adopción el vínculo natural que media entre adoptante y adoptado desaparecería la adopción, generándose en su lugar el reconocimiento del hijo natural, toda vez que desde aquel mismo instante, si bien la voluntad del padre no se manifestaba de un modo expreso, en el sentido de adoptar existía ya un escrito indubitado en el que la paternidad quedaba confesada en el mero hecho de manifestar que aquél era su hijo natural.

Y si por acaso la adopción prosperase, podría ser impugnada por el hijo, que desde luego tendría acción para reclamar del padre el cumplimiento de la obligación que le impone el artículo 135.

Queda, pues, sencillamente reducida la cuestión á si, tanto

el hijo natural no reconocido, como el adulterino, como cualquier otro de los comprendidos en el término genérico de hijos ilegítimos, puede ser adoptado por su padre. Esto en el terreno práctico lo decimos, que en el terreno legal, desde el instante que se desconoce la relación de naturaleza que existe entre el que adopta y el adoptado, viene á equipararse al caso de adopción de un extraño cualquiera.

No ofrece dificultad ninguna pronunciarse por una solución afirmativa.

En efecto; la ley, en el art. 129, reduce el reconocimiento á una facultad de la que podrá ó no hacer uso el padre natural, y hemos visto que su facultad se trueca en obligación sólo en los casos de que exista escrito del padre en que expresamente reconozca su paternidad, ó cuando el hijo se halle en la posesión de estado de hijo natural, justificado por actos directos del padre ó de la familia.

Evidente es que, dados estos términos, habrá seguramente muchos hijos naturales, cuyos padres sean conocidos extralegalmente, hijos que arrastrarán una existencia difícil y miserable.

De aquí que, aunque en el fondo encierre una manifiesta inmoralidad que haya un padre que prefiera encubrir su falta con el velo de la adopción, es preferible al desamparo del hijo, que de otra suerte se seguiría.

¿Qué derechos tienen esos hijos ilegítimos? Ninguno. Y esto lo decimos, porque si se conoce su posición legal verdadera, tienen sólo el de los alimentos; mas como la adopción les concede otros más preeminentes, ¿qué peligro hay en concedérselos, y por qué se habrán de cerrar las puertas de toda protección, no tolerando que se les coloque en una situación legal que lleva consigo el derecho á los alimentos, al apellido y á la sucesión por testamento, siquiera este último lo tenga cualquier advenedizo en defecto de herederos forzosos?

No creemos que disminuya el número de los reconocimientos. El padre que avanza hasta adoptar á un hijo suyo natural, siquiera oculte su cualidad, y se detiene sin llegar al término de su deber moral, es porque alguna razón poderosa, de índole privada, y que tal vez afecta á la tranquilidad del matrimonio, se lo impide. Por eso busca la semejanza de los efectos civiles en la adopción, que más fácilmente se acomoda á ser presentada como

consecuencia de la protección que se concede á un desamparado.

Será inmoral. En buen hora. Sin duda que este es el punto de combate de la adopción; pero, ¿qué es más moral? ¿Que haya muchos hijos ilegítimos, bien sean naturales no reconocidos, ó adulterinos, etc., ó que haya muchos adoptados, siquiera el silencio del padre para con la ley venga á ser el apoyo de la protección que concede á su hijo? Díganlo los moralistas.

Si al que adopta se le exige la declaración del vínculo que le liga con el adoptado, y siendo éste de los referidos, se le niega la adopción, como el reconocimiento no pasa de ser potestativo, podrá ó no ejercitarlo, y entonces, ¿ganará la moralidad con que haya muchos desvalidos que no puedan pronunciar el nombre de padre?

Recapitulando esta materia.

Es nuestra opinión la de que el hijo natural reconocido no puede ser adoptado. Pretenderlo sólo nos parece soñar un imposible.

El hijo natural no reconocido podrá serlo como un extraño no descubriendo su cualidad, porque si se descubriese, surgiría prepotente el reconocimiento, que anularía la adopción pretendida.

Respecto de los demás hijos ilegítimos opinamos afirmativamente, siempre que el padre ó madre adoptante reúna las condiciones marcadas en el artículo que estudiamos y en el siguiente, salva la excepción del hijo sacrílego, que podrá ser adoptado por su madre si fuese el varón el ligado con voto de castidad, ó á la inversa, es decir, por su padre si fuese la madre la incapaz de matrimonio.

Pasando á otro punto, ocurre preguntar: ¿Puede un español adoptar á un extranjero? Al cabo estamos tratando de quiénes pueden ser adoptados.

Fiore, Laurent y otros tratadistas de derecho civil internacional han ventilado la misma cuestión con respecto á otros Códigos.

Rogrón, en su obra esencialmente práctica de los *Códigos franceses explicados*, trata la jurisprudencia del Tribunal de Casación francés contraria á dicha adopción.

Demangeat, á quien sigue Fiore, reforzando sus argumentos, admite la posibilidad de que el francés adopte á un extranjero.

Laurent le combate, á nuestro entender, con singular fortuna, sosteniendo la opinión adversa.

Dentro de nuestro Código civil opinamos que un español sólo puede adoptar á un español, pero de ninguna manera á un extranjero.

Fiore, inspirándose sin duda en el espíritu de cosmopolitismo que revela el Código italiano estableciendo la igualdad de los derechos civiles para italianos y extranjeros, ha llegado á sostener que así como el matrimonio de un italiano, v. gr., con una extranjera confiere á ésta la nacionalidad de su marido, y los derechos civiles peculiares de la nacionalidad ganada por su casamiento, así la adopción confiere al adoptado los derechos civiles de la nación del adoptante.

Si el extranjero, dice, puede casarse, ¿por qué no ha de poder adoptar y ser adoptado?

El antiguo Derecho romano decía por boca de Paulo: no es conforme á nuestras costumbres tener hijos por determinado tiempo.

Hoy pudiera decirse: no es conforme á Derecho que un español tenga hijos extranjeros.

No es de extrañar que la mujer siga la condición del marido; porque en el matrimonio si es verdad que existen dos personas naturales, hay una sola representación legal: la del marido, que tiene el poder y dirección.

Lo mismo decimos del hijo; sigue la condición de su padre, y por esto la adopción que imita la paternidad en alguno de sus efectos civiles, supone forzosamente la condición de español en el que ha de ser adoptado.

También nuestro Código civil se inspira en ese principio laudable de cosmopolitismo sancionado en el Código italiano, y buena prueba de ello nos da el art. 27, que otorga á los extranjeros en España los derechos que las leyes civiles conceden á los españoles, salvo lo dispuesto en el art. 2.° de la Constitución del Estado ó en tratados internacionales; pero esto mismo nos confirma en nuestra opinión.

Bástenos decir que el art. 177 conserva al adoptado todos lo derechos que le corresponden en su familia natural, á excepció de los relativos á la patria potestad.

Pudiendo el extranjero ser adoptado, resultaría de una par

con los derechos civiles que la legislación del país del adoptante le confiriera; de otra, con los suyos propios, pues que, como hemos visto, los conserva.

En esta lucha, ¿cuál de los dos estatutos personales prevalecerá, el suyo ó el del adoptante? ¿Absorberá el de este último el estatuto del adoptado, destruyendo derechos de su familia natural? Esto iría contra la propia naturaleza de la adopción, que por lo mismo que finge é imita, no rompe ni destruye los derechos creados por la naturaleza.

Además, las ficciones legales tienen que ajustarse estrictamente á los preceptos que las determinan.

Y por otra parte, como dice Laurent con profunda observación, ¿se conciben dos estatutos, dos legislaciones, dos derechos para una misma institución? Claro es que no. El extranjero puede casarse con una española, pero ésta pierde su nacionalidad y adquiere una nueva; por consiguiente, allí donde vaya le sigue el estatuto personal; mas el adoptado conserva su nacionalidad y sus derechos, porque se trata de una mera imitación.

Concluímos, pues, negando la posibilidad de que un español adopte un extranjero, salvo si existiesen tratados internacionales sobre la materia, porque en este caso dichos pactos serán la regla.

Vamos, para terminar, á ocuparnos de la adopción de los expósitos, puesto que si la adopción tiene en los Códigos una tendencia nobilísima, en nadie mejor que en esos seres recogidos por la caridad oficial y abandonados de sus padres se presenta la ocasión de ejercitarla. El Código, dentro del precepto generalísimo de las condiciones para ser adoptado, comprende también á los expósitos; pero como se trata de personas recogidas en establecimientos de beneficencia públicos que han de atenerse para su desenvolvimiento y marcha interna, tanto á su especial legislación como á sus reglamentos, de aquí que, á lo menos por lo que respecta á formalidades que pudiéramos llamar de administración y garantía, existan de antiguo y recientemente Reales cédulas y leyes cuya doctrina sigue rigiendo, puesto que el Código legisla en lo general, y sólo con respecto á lo civil, sin descender á particularizaciones propias de leyes especiales.

Nada dijeron que tuviera una exacta aplicación al caso las leyes de Partida. La primera disposición que encontramos en la

que se habla del prohijamiento de los expósitos es la Real cédula de 11 de Diciembre de 1896, ó sea la ley 5.ª del tít. XXXVII del libro séptimo de la Novísima Recopilación. Contiene dicha Real cédula un reglamento para el establecimiento de las casas de expósitos, crianza y educación de éstos, y en los párrafos que llevan los números 12 y 17 se habla, como de pasada, de persona decente y honesta que los prohije.

La ley 3.ª del mismo título y libro recomienda á los administradores de las casas de expósitos el mayor cuidado para que no se entreguen los niños sino á personas que los mantengan y enseñen oficios y destinos convenientes á ellos mismos y al público.

Pero donde verdaderamente se fija el derecho de los expósitos á ser adoptados es en la ley de Beneficencia de 23 de Enero de 1822, en los artículos 65 al 70.

Vino esta ley, como obra de las Cortes, á tierra en el movimiento reaccionario que se produjo en la marcha de la política española, cuyo salto atrás repercutió en todas las esferas; pero restablecida la citada ley en 1836, su doctrina fué recogida por el reglamento de 14 de Mayo de 1852 para la ejecución de la ley de 20 de Junio de 1849, que organizó la beneficencia.

Según esta ley, las casas de expósitos tienen por su naturaleza el carácter de establecimientos provinciales. Están, por tanto, bajo la dirección del Gobierno, auxiliado de la Junta general como consultiva y las Juntas provinciales y municipales. El reglamento de 1852 constituye la legislación particular vigente, puesto que, respecto de los efectos civiles, hay que estar á los preceptos del Código. Dice el art. 22 del citado reglamento:

«Los niños expósitos ó abandonados que no fuesen reclamados por sus padres, y los huérfanos de padre y madre, podrán ser prohijados por personas honradas que tengan posibilidad de mantenerlos, todo á discreción de la Junta provincial de Beneficencia; pero este prohijamiento no producirá más efecto que el que determinen las leyes.

»Art. 23. Las Juntas provinciales de Beneficencia cuidarán de que á los prohijados les sean guardados todos sus derecho y caso de que por cualquier motivo la prohijación viniese á no er beneficiosa al prohijado, las Juntas lo volverán á tomar baj su amparo.

»Art. 25. Aun cuando alguno estuviese ya prohijado, se devolverá á sus padres que le reclamaren, los cuales, con la intervención de la Junta, se concertarán antes con el prohijante sobre el modo y forma en que haya de ser éste indemnizado de los gastos hechos en la crianza del prohijado.»

A tenor de estos artículos, las Juntas auxiliadores de la Beneficencia pública conservan una especie de patronato amparador de los derechos del expósito á la caridad pública.

De suerte que, así como el nacido de padres legítimos conserva, á pesar de la adopción, los derechos concernientes á su familia natural, así el expósito conserva el de volver á ser recogido por los que en el mundo representan para él la paternidad, ó sea por la dirección de aquella casa donde los que le dieron vida le expusieron y donde recibió los cuidados y la educación que le diera la patria, más cariñosa que sus padres.

Las Juntas locales ejercerán, por consiguiente, los actos que en otro caso desempeñaría el padre ó el tutor, y serán las llamadas á prestar el consentimiento y á la estipulación de las condiciones que habrán de insertarse en la escritura de adopción; mas como las casas de expósitos tienen un Director, de aquí que, después de oído el parecer de la Junta, será aquél el que ostente la representación del expósito.

Las disposiciones legislativas que con posterioridad se han dictado sobre Beneficencia, tales como la instrucción de 27 de Abril de 1875, que distingue y separa la beneficencia pública de la particular, regulando la acción protectora del Estado; la instrucción de 27 de Enero de 1885 para la organización, régimen, gobierno y administración superior de los Establecimientos de Beneficencia general no atañen de un modo expreso á los expósitos, puesto que no alteran lo sustancial de la legislación vigente, y ya denominemos Director al Jefe del Establecimiento provincial, bien Administrador Depositario, á tenor del art. 28 de la instrucción citada de 27 de Enero de 1885, el hecho es que á él le compete, según acabamos de expresar, la representación del expósito en los actos civiles que el Código exige para formalizar la adopción.

Un espíritu amplio y tolerante preside en punto á las formalidades que han de seguirse para adoptar á los expósitos, y así lo comprueba una sentencia del Tribunal Supremo publicada

en la *Gaceta*, con fecha de 27 de Diciembre de 1889, es decir, cuando la edición anterior de este tomo III se hallaba ya en prensa.

La sentencia merece ser conocida, tanto por la doctrina que en ella se sienta, cuanto por ser la única que, concerniente á la adopción, se registra en los anales de nuestra jurisprudencia.

Haremos de ella un breve extracto:

«En el año de 1877, Francisco Casado y Malfeito y su esposa Juana Nieto, adoptaron un niño expósito llamado Manuel Victoriano, previa autorización que al efecto les concedió la Comisión provincial de Badajoz.

Habiendo fallecido abintestato el padre adoptante, sus hermanos vivos, y en representación de los que habían muerto, sus hijos, reclamaron la herencia. Al poco tiempo murió también la madre adoptante, instituyendo heredero á Manuel Victoriano, su hijo adoptivo, y habiéndosele nombrado al huérfano, curador que le representase y supliese su incapacidad civil, alegó mejor derecho que los parientes de Casado á los bienes de este último, puesto que á su óbito no dejó herederos necesarios. Tramitado el pleito en primera y segunda instancia, y resuelto á favor de los derechos del expósito mantenidos por su curador, los vencidos interpusieron recurso de casación, citando como infringidas las leyes 1.ª, 2.ª y 4.ª, tít. XVI, y 7.ª, tít. VII de la 4.ª Partida, y la 6.ª, tít. XXII, libro cuarto del Fuero Real; las leyes 8.ª, 9.ª y 10.ª, título XVI, partida 4.ª; el art. 7.º de la ley Orgánica del Poder judicial; el art. 22 del Reglamento de Beneficencia de 14 de Mayo de 1852; la ley 5.ª, tít. XXII del Fuero Real; la doctrina legal derivada de la ley 6.ª de Toro; las leyes 1.ª, tít. VI, libro tercero del Fuero Real; la 6.ª, 7.ª y 12 de Toro, y la especial de ab-intestatos de 16 de Mayo de 1835; la ley 1.ª, tít. XXVIII del Ordenamiento de Alcalá y la 1.ª de Toro, ó sea la 3.ª, tít. II, libro tercero de la Novísima Recopilación; y el art. 2.182 de la ley de Enjuiciamiento civil.

A pesar de esta numerosísima hueste legal, aducida como quebrantada por la sentencia, el Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso.

Considerando acerca de los dos primeros motivos del recurso que la ley de Beneficencia de 1822 y el Reglamento de 1852, inspirándose en el desamparo de los niños expósitos ó abandonados

y no reclamados por sus padres y de los huérfanos de padre y madre en la conveniencia de proporcionarles una familia y en otros fines igualmente moralizadores, disponen que puedan ser prohijados por personas honradas que tengan posibilidad de mantenerlos; pero sin señalar edad, condición, formas ni requisitos especiales para el prohijamiento que dejan á la discreción de la Junta provincial de Beneficencia, por cuyas razones, si bien no producirá otro efecto que el que las leyes determinan, las prohibiciones y formalidades fijadas que cita el recurrente son inaplicables al prohijamiento de que se trata, establecido posteriormente por leyes de carácter administrativo.

Considerando que la sentencia no infringe las disposiciones mencionadas en los motivos 3.º y 4.º, ya porque el Reglamento de 14 de Mayo de 1852 es complemento de la ley de 20 de Junio de 1849 y de la de 23 de Enero de 1822, derogada sólo en lo que se opusiere á aquélla, ya porque estas leyes son de tan vigorosa observancia como cualesquiera otras, ya porque según la vigente ley Provincial corresponde á las atribuciones de la Diputación todo lo relativo á los establecimientos de Beneficencia; y en tal concepto la autorización para el prohijamiento de Manuel Victoriano ha podido y debido concederse por la Comisión provincial.

Considerando que tampoco infringe las leyes á que se refieren los motivos 5.º y 8.º, pues aun prescindiendo de que no fuese necesario demostrar que la ley 5.ª, tít. XXII, libro cuarto del Fuero Real estuviere en uso y se guardase, las disposiciones de dicho Código, en lo que se relaciona con las sucesiones, no pueden invocarse conforme se halla declarado, por obedecer á un sistema distinto del que está vigente y fué establecido por leyes posteriores.

Considerando que no son de estimar los motivos 6.º y 7.º, porque la doctrina alegada en el primero de ellos carece de aplicación al caso del pleito, respecto del cual existen disposiciones concretas y especiales, porque se ha declarado reiteradamente que la ley de 16 de Mayo de 1835 respetó los órdenes de sucesión intestada, limitándose á restablecer y crear otros, y porque por silencio ó en defecto de esa y de las demás leyes que se citan, es preciso atenerse, como lo hace la Sala sentenciadora, no lo que preceptúa el moderno Código civil, por el que no puede decidirse la cuestión litigiosa, sino á lo que establecen las leyes de Partida que constituyen el derecho supletorio.

Tal es la sentencia cuya importancia se descubre, no sólo desde el punto de vista adjetivo, ó sea por lo que atañe al procedimiento que debe seguirse para la adopción de los expósitos, sino bajo el aspecto sustantivo, puesto que desvanece las dudas que ya apuntó Febrero acerca del derecho que los adoptados tenían por la legislación derogada para suceder abintestato á los padres adoptantes.

Si se produjese justa causa de revocación, v. gr., malos tratamientos, abandono del adoptado, etc., las Juntas recabarán á su guarda por virtud de su derecho al prohijado, tomándolo de nuevo bajo su amparo.

Esta es la natural consecuencia de la condición del expósito, consecuencia que se ajusta exactamente á las prescripciones generales del Código civil.

Con relación á los efectos que habrá de producir la adopción del expósito, basta leer el art. 22 que hemos transcrito; única y exclusivamente los que las leyes determinen.

ART. 174. Se prohibe la adopción:

1.° A los eclesiásticos.

2.° A los que tengan descendientes legítimos ó legitimados.

3.° Al tutor respecto á su pupilo, hasta que le hayan sido aprobadas definitivamente sus cuentas.

4.° Al cónyuge sin consentimiento de su consorte.

Los cónyuges pueden adoptar conjuntamente, y, fuera de este caso, nadie puede ser adoptado por más de una persona.

Concordancias.—Análogo á los artículos 134, 135, 136 y 137 del proyecto de Código de 1851 y al 140 del de 1882.

PRECEDENTES LEGALES.

Caso 1.°—*Fuero Real, lib. IV, tit. XXII, ley* 3.ª—Ningun hom de Orden, ni ningun castrado, no pueda recebir ninguno p

fijo, sino por mandado, o por otorgamiento del Rey, ante, o despues.

Caso 2.°—*Fuero Real, lib. idem, tít. idem, ley* 1.ª—Mandamos, que todo home varon que haya edad que no hobiere fijos o nietos legitimos, o dende ayuso, que puede rescibir por fijo a quien quisiere, quier varon, quier muger, solo que sea tal que pueda heredar: e si despues que lo hobiere recebido hobiere fijos legitimos, tal recebimiento no vala nada: mas los fijos legitimos hereden lo suyo, e de su quinto dé al fijo que recebiere lo que quisiere.

Part. 4.ª, *tit. XVI, ley* 4.ª—Infante es llamado, segund latin, todo moço que es menor de siete años, e este atal, non auiendo padre, non lo puede ninguno porfijar, porque non ha entendimiento para consentir. Mas el moço que fuesse mayor de siete años, e menor de catorze, bien lo pueden porfijar con otorgamiento del Rey; e non de otra guisa. E esto es por esta razon; porque tal moço como este, que es menor de catorze años: e mayor de siete, non ha entendimiento complido; e otrosi, non es menguado de entendimiento del todo. Por ende ha menester quel porfijamiento deste atal, que sea fecho con otorgamiento del Rey; porquel guarde, quel moço non sea engañado. Empero el Rey, ante que otorgue poder de porfijar á tal moço como este, deue catar todas estas cosas: que ome es aquel que le quiere porfijar; si es rico, o si es pobre; o si es su pariente, o non; e si a fijos que hereden lo suyo, o si ha tantos dias, que los pueda aun auer; e de que vida es; e de que fama; e otrosi deue catar, que riqueza ha el niño. E todas estas cosas catadas, si entendiere que aquel que lo quier porfijar se mueue con buena intencion para fazerlo, e que sea a pro del moço, duegelo otorgar que lo pueda fazer. Pero el Rey, ante que otorgue el porfijamiento destos moços, deue catar, que non se menoscaben los bienes dellos. E la guarda es esta: que deue fazer tomar tal recabdo del porfijador, que si muriesse el moço ante de los catorze años, que entregue todos sus bienes aquel, o aquellos, que los ouieren de auer de derecho. Esto se deue entender, de aquellos que los deuen heredar, o auer por razon de mandas, si el moço non ouiese seydo porfijado. E tal recabdo como este deue ser dado por carta que sea fecha por mano de algun Escribano publico. E maguer el Rey non mandasse fazer tal carta, entiendese que de derecho es obligado el porfijador de lo complir, assi como sobredicho es.

Caso 3.º—*Part.* 4.ª, *tit. XVI, ley* 6.ª—Tutor es llamado en latin, todo ome que ha en guarda algun moço, e todo sus bienes, fasta que es de edad de catorze años. E este atal non puede porfijar a tal moço como este: porque podrian sospechar contra el que lo facia con mala intencion, porque non le diesse cuenta de sus bienes, que auia tenido en guarda; o si gela diesse, que non lo faria tan lealmente, nin tambien, como deuia. Pero desque el moço ouiese edad de XXV años, poderlo y a porfijar con otorgamiento del Rey, e non de otra guisa. E esto, porquel Rey lo guarde, que non resciba engaño en tal porfijamiento como este, que dicho auemos.

COMENTARIO.—En el del artículo precedente hemos tratado de las personas incapaces para adoptar como materia indicada, después de habernos ocupado de cuáles estaban revestidas de esta facultad, á tenor del Código; cumple en este comentario examinar las prohibiciones establecidas, teniendo en cuenta que no es lo mismo incapacidad que prohibición, aun cuando sus efectos en el orden civil sean idénticos con respecto á la práctica de la adopción. Las causas de incapacidad provienen de la insuficiencia, por decirlo así, de la personalidad jurídica del que intenta adoptar, por no estar, en virtud de la dicha restricción, en el pleno disfrute de los derechos civiles; las de prohibición dependen del texto expreso de la ley, y recaen sobre personas que están en el goce de sus derechos civiles, pero á quienes sería peligroso para la tranquilidad del matrimonio, derecho de los hijos y bien de la moral conferirles la facultad expresada.

Señala el Código como causa primera de prohibición la del estado eclesiástico; así, pues, dice, se prohibe la adopción á los eclesiásticos.

Empleando el Código un adjetivo sustantivado como dicha palabra, la que según el *Diccionario de la Lengua castellana* quiere decir: «el que está ordenado y admitido en el número y Orden de la Iglesia,» ha procedido con sumo acierto, dando á entender claramente su espíritu. No se refiere á la generalidad de los ligados con voto perpetuo de castidad; limítase exclusivamente á los que hubieren contraído Órdenes sagradas, y á nuestro entender, Órdenes mayores, puesto que las menores pueden ser que-

brantadas por determinación voluntaria y no ligan *per æternum* al ordenado.

Así es que las numerosas instituciones religiosas que se consagran á la práctica de la caridad, cuidado de los enfermos, amparo de los menores, no les alcanza el Código, y fuera, por otra parte, innecesario, porque sus particulares reglas les imponen, de un lado, el voto de pureza, siquiera no sea perpetuo, é igualmente el de pobreza y renuncia á las afecciones naturales que vienen á sumarse en el cariño universal contenido en el amor al prójimo como á sí mismo.

Es innecesario advertir que los religiosos profesos, aun cuando participan del estado eclesiástico, puesto que están consagrados al altar, no los ha tenido presente el Código, porque sus reglas, sean las que fueren, constituyen la norma de sus actos, y desde el punto y hora que se consagran exclusivamente á la vida de oración y de recogimiento, renuncian á todas las afecciones mundanas, rompiendo al pisar el claustro hasta las ligaduras más dulces, como las del poderío paterno. Por otra parte, el voto de pobreza les imposibilita, dado caso que pudieran adoptar, para la prestación de alimentos, que supone la disposición y manejo de cantidades en metálico.

La interpretación que hay que dar á la palabra *eclesiásticos*, queda ya definida. Débense, pues, considerar comprendidos en la prohibición del núm. 1.º del artículo que comentamos á los que hubieren recibido Órdenes mayores y pertenezcan al clero ordinario. El clero regular se atiene á sus reglas, y como es imposible por ellas que los religiosos puedan adoptar, el Código no se ha referido á ellos, porque lo que es imposible no se prohibe.

Ahora bien: sabido es que el estado sacerdotal imprime carácter que acompaña al sacerdote desde que contrae Órdenes mayores hasta el sepulcro; siendo esto así, ¿el clérigo que reniega del catolicismo, es decir, el apóstata en los propios términos del Derecho canónico, podrá adoptar? Ó dicho bajo otra forma: el eclesiástico que apostatare de la religión á cuyo servicio se consagró, ¿se entenderá por la permanencia de su estado, como eclesiástico para los efectos de la prohibición de adoptar contenida en el artículo 174 que comentamos?

Razones hay para sostener una y otra opinión.

El sacerdote que reniega, para la Religión será un apóstata;

para el Derecho canónico, un incurso en las penas espirituales que tan gravísimo pecado lleva consigo; para el Estado, el clérigo que apostata debe ser mirado como un ciudadano en la plenitud de sus derechos civiles. Se podrá sostener que hallándose ordenado *in sacris*, ordenación que no se puede borrar por la apostasía, puesto, que, como hemos dicho, lleva aneja la ley de la continencia y de los votos é imprime carácter imborrable, no se puede afirmar en redondo que se halle capacitado para efectuar todos los actos de la vida civil, incluso el matrimonio civil; pero en rigor de la doctrina, el Estado no debe consentir que las restricciones canónicas sean un obstáculo al libre ejercicio de los derechos, mucho más para el que en uso de su libertad, se separa del número de los fieles á la doctrina romana.

Ahora bien: dada la buena armonía que entre la potestad secular y la eclesiástica hay en España, y en atención á que el Estado protege y mantiene el culto católico, recoge como impedimentos, aun en el orden puramente civil, vínculos y restricciones puramente canónicas, y da á las sentencias pronunciadas por los Tribunales eclesiásticos todo el valor y eficacia, en orden á la ejecución que pudieran tener las dictadas por los Tribunales ordinarios, ó en otros términos, dado el derecho positivo que en el Código se contiene, ¿podrá adoptar el sacerdote apóstata? Creemos que no. Tal vez caigamos en equivocación; pero partimos de la base de que si no puede contraer matrimonio civil, que en su caso produciría la paternidad natural, mal se le podrá conferir una paternidad fingida por la ley, que tiende, en parte, á la inmitación de la que la Naturaleza crea.

En efecto: el art. 42 del Código, buscando la transacción entre el matrimonio canónico, tradicional en España, y el civil, producto de las nuevas ideas, no quiso estatuirlo empleando un concepto radical y propio de la institución introducida, y por eso, al tratar de las formas del matrimonio con respecto al civil sólo se ocupó del modo de celebrarlo. Avanzó en la exposición de la materia, y al explanar la de los impedimentos para contraer matrimonio, ya dentro del cap. III del tít. IV del libro primero, en el núm. 4.° del art. 83, recogió el conocido en Derecho canóni con el nombre de *Ordo*, con lo cual vino á reconocer en la esfe del Estado entera eficacia al impedimento canónico.

Resulta que los ordenados *in sacris* no pueden contraer n

trimonio. Ahora bien: ¿cabe afirmar que el clérigo apóstata está fuera de esta prohibición? A nuestro entender, no, porque lo que se admite en el principio hay que reconocerle sus efectos, y como quiera que la ordenación *in sacris* es un impedimento del matrimonio civil, y su efecto más característico es el de la permanencia del estado sacerdotal, hay que admitir que el impedimento continúa y subsiste mientras subsista el ordenado.

Después de lo dicho, se precipita la solución. Si el Código prohibe la adopción al eclesiástico, precisamente porque la Religión le veda contraer matrimonio y gozar de la paternidad, y el apóstata permanece en igual situación, evidente es que le alcanza la misma ley prohibitiva. Uno y otro están impedidos de tener la paternidad natural; uno y otro tampoco pueden disfrutar de la que confiere la adopción.

Pudiera además ser un medio de eludir la prohibición la facultad de adoptar que se otorgase al apóstata. Sabido es que no se necesitan nuevas Órdenes, por el mismo principio antes expuesto, para volver al seno de la Iglesia, siempre que un sincero arrepentimiento regenere al culpable de sus errores. La Iglesia tiende sus brazos y recibe cariñosa al hijo pródigo que se acoge á su cuidado.

Pongámonos en el caso de que hubiera adoptado; al reintegrarse á la religión abandonada, quedaba burlada la ley, y se daría el caso de un eclesiástico con hijos adoptivos, á pesar de la prohibición categórica del Código civil.

Mientras subsistan las relaciones de protección, defensa y sostén del Estado para con la Iglesia y no se deslinden completamente ambos campos, el espiritual y el temporal, la legislación civil no puede menos, para evitar graves discordias, que reconocer la transcendencia de la legislación canónica y de sus efectos persistentes en la esfera social civil, en la que viven con propios derechos aquellos que han recibido su condición de eclesiásticos de un derecho respetado y reconocido por las leyes patrias.

La prohibición de que los eclesiásticos adopten data de antiguo. Ya el Fuero Real, en la ley 3.ª del tít. XXII del libro tercero dijo que *ningun ome de Orden* podía adoptar; pero no fué tan exclusiva la ley, y admitió que, con otorgamiento del Rey, pudiese verificar la adopción el llamado «Ome de Orden».

Así vino sucediendo hasta la ley de 1838, la que, al enumerar las llamadas gracias al sacar, pasó en silencio la de los eclesiásticos para obtener la licencia Real necesaria para adoptar, con lo que vino á recibir el golpe de gracia esta antigua facultad que tan perfectamente encajaba dentro de las prácticas cristianas que deben realizar sus más legítimos representantes. El Código civil, al confirmar la prohibición, parte del principio tantas veces citado de que la adopción inmita la naturaleza, y así como es imposible que el sacerdote adquiera la paternidad natural, de idéntica manera la ley le incapacita para adquirir la adoptiva. El sacerdote se debe á la humanidad, y pues que la Religión le priva del matrimonio, tanto en atención á la mayor pureza, como al mayor desinterés y abnegación en beneficio de un extraño, la ley civil, siguiendo al parecer las huellas de la canónica, establece una prohibición que en definitiva impide al eclesiástico tomar bajo su guarda al desgraciado.

No es esta, sin embargo, á nuestro entender, la única razón que ha movido al legislador á sentar la expresada prohibición. Tal vez consideraciones de orden moral; quién sabe si el temor de que fuese la adopción un motivo de desmoralización por la facilidad de adoptar al hijo sacrílego.

De todas suertes, estos temores tienen fácil remedio, sin llegar al extremo de negar al sacerdote la facultad de adoptar.

¿Acaso no tiene corazón? Entendemos que previas las debidas averiguaciones, y con las suficientes garantías, según el criterio del juzgador, debiera haberse concedido al eclesiástico el derecho de adoptar, dándole con ello ocasión de mostrar su natural caritativo y de practicar uno de los actos más loables de su ministerio.

No es de extrañar, sin embargo, que el Código español se muestre en este punto restrictivo. Puede mucho la fuerza de la tradición en orden al principio religioso, más que civil, que inspira estas prohibiciones.

Otros Códigos europeos también contienen la misma imposibilidad de adoptar para el sacerdote que ha hecho voto de castidad.

En Francia la cuestión ha sido resuelta por la afirmativa, y la sentencia de 26 de Noviembre de 1844, pronunciada por la *Cour de Cassation*, despejó de una vez la duda que antes existiera.

Laurent mantiene un criterio radicalísimo. «Si hay, dice, legisladores que tienen en cuenta los votos contra la naturaleza, es porque están dominados por los prejuicios del catolicismo, ó mejor dicho, del cristianismo tradicional.» Estas son las frases harto agrias con que se expresa dicho notabilísimo autor.

2.° Prohibe también el Código la adopción á los que tengan descendientes legítimos ó legitimados.

Nótase á simple vista el intencionado silencio del Código con respecto á los hijos naturales reconocidos.

Dedúcese, pues, que no es óbice á la adopción que el que va á adoptar tenga uno ó más hijos naturales reconocidos.

No nos extraña esta disposición, que conceptuamos justa.

Lo que no comprendemos es qué razón ha habido para prohibir la adopción al que tenga un hijo legitimado por concesión Real: porque, en efecto, el Código dice en el número segundo del artículo que estudiamos: «descendientes legítimos *ó legitimados*».

Supone esta legitimación, sin razón de ser que la justifique, que el hijo sea natural y que no se le pueda legitimar por subsiguiente matrimonio. Mas ¿qué derechos concede al legitimado? Iguales absolutamente á los de que disfruta el hijo natural reconocido; así es que ambos le tienen á llevar el apellido del que los legitima ó reconoce, á los alimentos en idéntica proporción á la determinada en el art. 143 y á la porción hereditaria que el Código les asigna y que, como dice el art. 844 en la sucesión testamentaria, «la porción hereditaria de los legitimados por concesión Real será la misma establecida por la ley en favor de los hijos naturales reconocidos,» y en la sucesión legítima, á tenor del art. 939, «á falta de descendientes y ascendientes legítimos sucederán al difunto en el todo de la herencia los hijos naturales reconocidos y los legitimados por concesión Real.»

Por este análisis observamos la identidad de los derechos de unos y otros.

Si la situación legal se determina por los derechos, inútil es buscar la diferencia sino en las modalidades del procedimiento. La única distinción se reduce á que en el primer caso se mostró la munificencia Real y en el segundo no; pero ¿merece seriamente el nombre de razón el hecho de que por virtud de la ficción de la voluntad real en la concesión, cuando los efectos civi-

les son idénticos, sea la legitimación motivo bastante poderoso para impedir la adopción y no lo sea el reconocimiento? Claro es que no.

Estas antiguallas encajaban en el Derecho romano, allí donde era ley la voluntad del príncipe; en los Códigos modernos resultan fuera de lugar y merecen severa censura.

La última consecuencia que se desprende es la de que teniendo el hijo natural reconocido iguales derechos que el legitimado por concesión Real, este último mejora de situación en la familia, porque la ley prohibe que venga un adoptado á disputarle el cariño de su padre y á compartir con él los beneficios de la educación. Y todo ello sin más razón que un expediente de gracias al sacar.

Examinada detenidamente la prohibición con respecto á los hijos legítimos y á los legitimados por subsiguiente matrimonio, ya hemos dicho que la estimamos justa y fundada.

La tranquilidad del hogar doméstico y la buena armonía que deba mediar entre los cónyuges son motivo suficiente de la prohibición.

Sin duda que la intrusión de un adoptado entre los hijos legítimos y las diferencias del padre adoptante para con aquel á quien su cariño le llevó á prohijar, engendrarían recelos entre los hijos, desconfianzas en la esposa con respecto á la fidelidad de su marido, que se traduciría en odio hacia el adoptado, y á la postre vendría á quedar destruída con mengua de la moral la paz que antes reinaba, y la situación del adoptado se tornaría intolerable.

Por otra parte, si la adopción se confiere para llenar el vacío que supone la falta de hijos en aquellos matrimonios sin descendencia, ó en la casa del célibe de apacibles sentimientos y justificado celibato, queda excluído todo argumento en favor de la adopción cuando el adoptante tiene descendientes legítimos, sobre los cuales ejerce su autoridad de padre.

Pudiera presentarse un caso en la práctica que ya trataron Goyena en nuestro Derecho y Rogron en el de su país.

Es el concerniente á si la prohibición alcanza al que no teniendo en el momento de la adopción descendencia legítima, espera tenerla por haber concebido su esposa y hallarse comprobado su embarazo.

Cuestión es esta sencillísima y que hay que resolverla en consideración á los derechos del hijo concebido y no nacido.

Nuestro Código civil, al ocuparse en el art. 29 de la determinación de la persona natural, recogió el antiguo principio que pudiéramos llamar universal, de que «lo que se espera que nazca se tiene por nacido cuando se trata de su propio derecho,» *si qui nasci esperatur cum de ipsius jure quæritur, pro superstite est*, diciendo: «El nacimiento determina la personalidad, pero el concebido se tiene por nacido para todos los efectos que le sean favorables, siempre que nazca con las condiciones que expresa el artículo siguiente,» ó sean la de tener figura humana y vivir veinticuatro horas fuera del útero materno.

Derecho es del hijo y favorable á su posición en la familia, que sea él sólo quien absorba los cuidados y atenciones de sus padres; derecho es que le corresponde, reinar exclusivamente en el corazón de aquellos que le dieron vida, sin favoritos que le roben el cariño. Pues si estos derechos son favorables al hijo, claro está que aprovecharán al concebido, y consiguientemente la concepción suspenderá la adopción que iba á realizarse, hasta tanto que el hijo nazca en condiciones de viabilidad, y reuniéndolas, la prohibición del artículo que estamos estudiando se impone porque ya hay descendientes legítimos.

El Código se ha mostrado conforme con sus precedentes, y al efecto basta recordar la ley 1.ª del tít. XXII del libro cuarto del Fuero Real, que permitía la adopción al ome varón que haya edad que no hobiere fijos ó nietos legítimos.

La legislación de Partidas, si bien es verdad que pasó silenciosa sobre este particular, dejó muy á las claras traslucir su espíritu en la ley 4.ª del tít. XVI de la 4.ª Partida, cuando dijo:

«Empero el Rey ante que otorgue poder de porfijar á tal moço como este deue catar todas estas cosas: que ome es aquel que le quiere porfijar; si es rico, ó si es pobre; ó si es su pariente ó non; *é si a fijos que hereden lo suyo...*» En rigor, no puede asegurarse que sea una disposición categórica, pero deja descubrir cuál fué la voluntad del Rey Sabio al dictar esta ley.

3.º Extiéndese asimismo la prohibición de adoptar, al tutor respecto de su pupilo hasta que le hayan sido aprobadas definitivamente las cuentas. Una atendible razón de moralidad que ya expresó con sumo acierto la ley 6.ª del tít. XVI de la 4.ª Partida,

es la que ha movido la mano del legislador al trazar este prohibitivo precepto. El temor de que el tutor abuse de su posición y se enriquezca en perjuicio de los bienes del menor, ó no rinda las cuentas *tan lealmente* como expresa la obra del Rey Alfonso X.

El Código no dice una sola palabra respecto de los descendientes del tutor, y se comprende. En el caso del matrimonio, como surte sus efectos en el orden de los bienes, que pasan á la administración del marido, la prohibición del matrimonio entre la menor y el descendiente del tutor está muy puesta en razón. Mas en la adopción, como por lo que respecta á los bienes, nada adquiere el adoptante, no existe peligro alguno, y la ley no puede impedir que adopte á la pupila el descendiente del tutor.

Basta recordar el art. 166, que establece que los padres que adoptasen (con cuyas palabras, dicho entre apartes, parece dar á entender el Código que el que es padre puede adoptar), no adquieren el usufructo de los bienes de los hijos adoptivos, así como tampoco la administración, si no la afianzan á satisfacción del Juez del domicilio del menor ó de las personas que concurran á la adopción.

Si el adoptante (descendiente del tutor), para entrar en la posesión de los bienes del adoptado, siquiera sea sólo para administrarlos, necesita prestar fianza, ¿qué perjuicios se le irrogan al menor si tiene asegurada la integridad de sus bienes? Ninguno.

Por eso el Código civil sólo se ha referido al tutor en atención á evitar el retraso ó inexacta y defectuosa rendición de cuentas en perjuicio del pupilo.

4.° Finalmente, se ocupa el Código de la adopción hecha por un casado, y en términos generales prohibe adoptar al cónyuge sin el consentimiento de su consorte.

Tiene la particularidad este caso 4.° de encerrar en sus breves palabras tres preceptos distintos que habremos de tratar separadamente:

1.° El ya expuesto relativo al consentimiento del consorte para que pueda adoptar el cónyuge.

2.° El de adopción conjunta.

3.° El que en oposición al anterior sienta el principio de que nadie puede ser adoptado por más de una persona.

El primero es susceptible para mayor orden de una subdivi-

sión, ora sea el marido, ora la mujer el cónyuge que pretenda adoptar.

Partamos de la base de que el Código sienta un precepto terminante y categórico, y que á la simple lectura no presenta la más pequeña duda ni engendra la más insignificante vacilación.

Esto, no obstante, fijémonos en el caso 1.º de la *subdivisión* que hemos hecho.

No cabe dudar que la intención del legislador es laudable, puesto que se encamina á impedir disentimientos en las relaciones de los cónyuges; pero al propio tiempo no hay que olvidar que en el seno de la familia es el marido el jefe, el que lleva la dirección, el que administra la sociedad conyugal, el que confiere á la mujer licencia ó poder para contratar, el que la representa en juicio ó el que le da su venia para que comparezca por sí ó por Procurador, salvas las excepciones de los artículos 60, 63 y 66; en una palabra, el que sin consentimiento de nadie y por su propio y peculiar derecho practica sin exclusión todos los actos de la vida civil. Ahora bien: este poderío, esta representación legal de la mujer casada, á tenor del art. 60 ya citado, ¿desaparecerá y será el marido el que tenga que someterse al designio de su compañera, traducido por su consentimiento ó su negativa? La ley responde afirmativamente; nosotros, sin embargo, en el terreno de la crítica, y reconociendo la fuerza del precepto legal, salvamos nuestro criterio.

Jamás la autoridad superior, sea la que fuere y en el orden en que gobierne, se subordina y somete precisamente á la persona sobre la que ejerce su poder, y esta anormalidad jurídica se daría en el caso que tratamos.

La adopción hemos dicho que reviste las formas de un contrato irrevocable, y como tal, debiera poder el marido otorgarlo siempre que en él concurrieran las condiciones exigidas por el artículo 173. Verdad es que es un contrato especial, especialísimo; pero, ¿por ventura no es un principio indestructible el de que el marido es el jefe de la sociedad matrimonial, á quien la mujer queda sometida, debiéndole prestar obediencia en justa compensación y reconocimiento al deber del marido de proteger á su esposa, según preceptúa el art. 57 en el capítulo que se ocupa de los derechos y obligaciones de los cónyuges?

Pues si esto es evidente y el esposo manifiesta su voluntad

decidida de adoptar á un extraño, ¿qué será la negativa de la mujer sino una desobediencia flagrante contra el precepto ya citado y un incumplimiento de su obligación de esposa?

Aquí vendría á quedar destruída esa paz y bienandanza de las relaciones del matrimonio que el legislador quiere á todo trance salvar, y si se fija la atención, más, mucho más será el encono y la diferencia entre los cónyuges por la negativa de la mujer que por la intemperancia del marido que se empeñase en adoptar á un extraño contra los consejos de su compañera, porque no hay que desconocer que la cualidad de sometida lleva consigo la obediencia, y la de jefe el poderío, y es, por consiguiente, más censurable una rebeldía que el uso de un derecho, aunque violente su voluntad la esposa.

Segundo caso de la subdivisión.—Bien distinto por cierto, y en armonía con los principios del Código relativos á los derechos y obligaciones de ambos cónyuges. No necesita ser discutido, sino simplemente expuesto. La mujer necesitará, en todo caso, del consentimiento del marido para adoptar.

Aparte de que siendo la adopción un contrato, la mujer necesitaría la licencia del marido para otorgarlo, mirándolo bajo el aspecto mismo que hemos tratado el caso anterior, la esposa, por su cualidad de sometida, no puede menos de acatar la voluntad del jefe de la familia. Y ¿qué diremos, v. gr., del caso de una mujer que nada hubiese aportado al matrimonio, y que, sin embargo, pretendiera adoptar? ¿Sobre quién recaería el verdadero gravamen que lleva tras de sí el deber de los alimentos sino sobre el marido? Y ¿cómo sin su consentimiento iba la mujer á ganar una potestad y á introducir en la familia un extraño?

¿Dará algún recurso la ley en su rigorismo contra la negativa de uno de los cónyuges á la adopción que intente realizar su consorte? Entendemos que no, porque constituiría una grave perturbación y asimismo envolvería el medio de burlar un tan terminante mandato.

No estamos de acuerdo con el Código respecto al consentimiento que el marido ha de obtener de la mujer para adoptar; pero la ley no es posible desconocerla, y allí donde se escuchen sus preceptos, se impone reconocerlos.

La mujer que estuviese separada de su marido por sentencia firme de divorcio, ¿necesitará de la licencia de aquél para adop-

tar? De ningún modo. Basta estudiar los múltiples y transcendentales efectos que en el orden civil produce la sentencia de divorcio para adquirir la certidumbre de que rota la sociedad conyugal, perdido por el culpable el poder sobre los bienes y la persona del consorte inocente, éste queda en plena libertad de adoptar, y puesto que el consentimiento recíproco se funda, como todo lo que proviene de la pura idea jurídica de la adopción, en la inmitación de la naturaleza, que exige el concurso de dos personas de diverso sexo para la procreación, desligados los cónyuges por una sentencia de divorcio perpetuo *quod thorum et mutuam habitationem*, es evidente que no necesitará la mujer del consentimiento del marido culpable, á quien no reconoce ni presta sumisión y acatamiento, siendo además, en orden al consentimiento, imposible la inmitación de la naturaleza.

Segundo precepto.—Los cónyuges pueden adoptar conjuntamente, ó lo que es lo mismo, ambos pueden adoptar á una misma persona. La conjuntividad de que el Código habla, dice relación á la facultad de adoptar, considerada en sí misma, no á esta facultad con respecto á la unidad de acto y de documento.

El marido puede adoptar á *B*, en una escritura otorgada este año, v. gr., y la mujer también al mismo *B* en escritura otorgada después de algunos meses, y no por eso pierde su conjuntividad la adopción. Para nosotros consiste, como ya hemos expuesto, en la concurrencia de ambos cónyuges en la adopción de una misma persona. Conjuntividad no significa, tratándose de adopción, sino la unión de dos voluntades en orden al mismo fin.

Esclarecido ya este precepto, asalta á seguida una duda. Para la adopción conjunta, ¿será condición precisa que ambos cónyuges reúnan las condiciones del art. 173, y por consiguiente, que tanto el marido como la mujer que adoptan sean mayores de cuarenta y cinco años, excedan en quince al adoptado y se encuentren en la plenitud de los derechos civiles?

Dejemos á un lado este último extremo, concerniente á los derechos civiles; harto sabido es que la mujer casada con arreglo á todas las legislaciones, queda bajo el poder de su marido, y en su consecuencia, sin la libertad y plenitud de derechos, á que tácitamente renuncia por el mero hecho de entrar en la sociedad matrimonial y reconocer la facultad de dirección, el poder, como antes hemos dicho, necesario por derecho natural

para el régimen de toda sociedad, siquiera sea tan microscópica como la que los cónyuges constituyen.

Sin embargo, el estado de mujer casada tiene también sus derechos, y disfrutándolos, bien puede decirse de ella que está en *la plenitud de sus derechos civiles*.

En cuanto á la edad, es nuestra opinión que uno y otro cónyuge deben tener más de cuarenta y cinco años, porque si así no fuese quedaría destruído el art. 173, y lo mismo decimos de la diferencia de edad que debe mediar entre adoptante y adoptado.

Se nos ocurre el siguiente caso, sumamente sencillo, pero que la práctica pudiera presentar.

Dos cónyuges adoptan conjuntamente á un extraño, y sobreviniendo con posterioridad justa causa de divorcio, pronúnciase sentencia por cuya virtud quedan los consortes separados perpétuamente, salvo la reconciliación de los divorciados. ¿Cuál será la situación del adoptado y cuál de los dos cónyuges queda obligado á prestar los alimentos?

Para resolver con probabilidades de acierto, debemos buscar la semejanza con la situación que crea al hijo de justas nupcias el divorcio de sus padres.

Si el adoptado fuere de menor edad, quedará bajo la protección y potestad del cónyuge inocente, á quien deberá prestar obediencia, y una cosa análoga sucederá si al llegar á la mayoría de edad no impugnase la adopción dentro de los cuatro años que el Código le concede á dicho efecto.

Con respecto á los alimentos, es nuestra opinión que el cónyuge culpable es el obligado á darlos, de la propia suerte que según preceptúa el art. 73 del Código, la privación de la patria potestad y de sus derechos no exime al cónyuge culpable del cumplimiento de las obligaciones respecto de sus hijos.

Innecesario es decir que el divorcio, si el Tribunal le declara, lleva consigo la privación de la patria potestad, y siendo la adopción una paternidad creada por la ley, con mucha más razón se privará al cónyuge culpable de la potestad sobre su hijo doptivo en el caso que estudiamos de adopción conjunta.

Hemos buscado la semejanza de los efectos en el orden civil, entre los hijos legítimos y los adoptivos, porque la adopción verificada conjuntamente por los cónyuges no es la adopción de dos personas aisladas, es la de un matrimonio que tiene su represen-

tación legal en el marido, es la que más se aproxima á la imagen fiel de la naturaleza; es, si se quiere, la adopción de dos personas naturales que se funden en una sola personalidad jurídica, á saber: la sociedad matrimonial. Por tanto, cuando uno de los miembros componentes de dicha sociedad cae en falta que lleva como consecuencia el divorcio perpetuo y la privación de la patria potestad, ¿qué razón abonada hay que impida aplicar los mismos preceptos al cónyuge que adoptó conjuntamente con su consorte ó á ésta si fuera la culpable?

En nuestro sentir, ninguna. Si la que adoptó fué, si se nos permite la expresión, la sociedad que forma marido y mujer, separados los cónyuges, el hijo adoptivo debe seguir al que por su inocencia conserva sus derechos; y esta idea, que es la que inspira la legislación cuando se ocupa del hijo habido en justas nupcias, debe aplicarse de idéntica manera al adoptado conjuntamente, no al adoptado por el marido con el consentimiento de su mujer ó viceversa.

Pero si con respecto á la cuestión tratada, la solución no ofrece dificultad, parécenos que no se resuelve por modo tan sencillo el caso siguiente.

El mismo ejemplo de una adopción realizada conjuntamente por los cónyuges, pero cuyo matrimonio, contraído de buena fe por parte de ambos, se declara disuelto con posterioridad á la adopción realizada por la existencia de una justa causa de nulidad ignorada hasta entonces.

El caso seguramente se tachará de minucioso, pero mientras no se tache de imposible, nadie puede responder de que en la realidad, que tantas rarezas tiene, deje de presentarse.

Es innegable que la razón de la adopción conjunta está en la existencia del matrimonio, de tal suerte, que sin haberse celebrado éste, tampoco puede verificarse aquélla; tal es la dependencia que guardan. Mas la cuestión se contrae á los siguientes términos:

¿Afecta la subsistencia del matrimonio á la de la adopción conjunta? Porque hay que reconocer que disuelto aquél no son ya marido y mujer que constituyen una sociedad, sino dos personas aisladas sin descendientes directos, porque, de tenerlos, no hubieran podido adoptar, y sin lazo legal que les imponga los deberes del matrimonio. Ahora bien: la ley sólo autoriza la adopción

conjunta cuando la verifican los cónyuges, y en el ejemplo que estudiamos ya no existen, imposibilitándose la permanencia de la adopción. No puede tampoco recaer en uno de ellos exclusivamente, porque no habiendo habido culpa de ninguno, no debe ser despojada la mujer en beneficio del marido, así como tampoco éste para favorecer á la que fué su consorte. Por último, enfrente de tan opuestos extremos figura el derecho del adoptado á los alimentos, al apellido, y si le prometieron herencia, á ésta. ¿Cómo conciliar estos antagonismos?

En nuestro sentir, no hay medio hábil de armonizar estas discordancias; porque ¿quién ejercerá la potestad? Ambos no puede ser. Desde que el matrimonio se disuelve, ya lo hemos dicho, por este mero hecho aparecen dos personas con propio é independiente derecho, y conocido es el principio general que el Código sienta: «Fuera de la adopción conjuntamente realizada por los esposos, nadie puede ser adoptado por más de una persona.» Nadie, pues, más que uno puede ejercer la potestad; pero, sobre todo, la excepción de la regla, ó sea la adopción conjunta, descansa sobre el matrimonio y de él puede decirse que recibe la razón de su existencia, y desaparecido éste, débele aquélla seguir en su camino, desapareciendo también, disolviéndose de la misma manera, muriendo como muere la planta parasitaria así que se seca el tronco á cuyas espensas vivía.

¿Y qué será de los derechos adquiridos? Podrá contestarse á esto, que adoleciendo la adopción de un vicio radicalísimo de nulidad, no pudo engendrar derechos.

En definitiva, no sabemos si el caso llegará á presentarse; pero si por la mayor popularidad de los conocimientos jurídicos que la publicación de un Código lleva tras de sí, la adopción tan desatendida llega á adquirir carta de naturaleza en nuestro suelo, tenemos la satisfacción de haber puesto de nuestra parte la suma de esfuerzos necesaria para suplir los vacíos, que pudiéramos llamar naturales, que en el Código se notan.

Tercer precepto.—Fuera del caso de la adopción conjunta, nadie puede ser adoptado por más de una persona.

Patentiza esto la interpretación que hemos dado á la palabra *conjuntividad*, porque al cabo la adopción conjunta no es más que la excepción de la regla general de que nos estamos ocupando.

El Código la ha expuesto con poca fortuna, incurriendo, por defecto de forma, en una falta de precisión en el concepto jurídico, susceptible de interpretaciones distintas. Sin embargo, el espíritu de la ley se adivina por la traba y concatenación de unos preceptos con otros.

A la primera impresión, cuando se lee que nadie puede ser adoptado por más de una persona, sugiere el pensamiento, la sospecha de que si falleciese el adoptante en vida del adoptado, éste no podría volver á serlo. No es esta la interpretación verdadera, pero aislado el contenido de la regla general, no se violenta nada la contextura del precepto, interpretándolo erróneamente, cierto, pero con lógica. El artículo lo que quiere dar á entender es que una misma persona no podrá ser adoptada por otra en vida del adoptante, ó mientras la adopción subsista, pero no prohibe ni podía prohibir que después del fallecimiento del adoptante pueda el adoptado volver á entrar en adopción.

Derecho vigente. *Civil.*—De los dos artículos (173 y 174) tratados se deriva:

Regla general.—Están facultados para adoptar los que se hallen en el pleno uso de sus derechos civiles y hayan cumplido cuarenta y cinco años de edad. Puede, por tanto, adoptar tanto el varón como la mujer, tanto el soltero como el casado, mas el que se hallare en este último caso deberá obtener antes el consentimiento de su consorte.

Excepciones.—1.ª Están incapacitados para adoptar por defecto en la plenitud de sus derechos civiles: primero, el loco; segundo, el pródigo; tercero, el interdicto, bien la pena de interdicción revista un carácter temporal ó perpetuo, según lo sea la pena principal á que acompañe.

2.ª Asimismo tampoco pueden adoptar por prohibírselo expresamente el Código: primero, los eclesiásticos; segundo, los que tuviesen descendientes legítimos; así es que no podrá adoptar el abuelo, porque por el hecho de serlo se supone que tiene descendientes, ora sean sus hijos ó sus nietos; tercero, el tutor á su pupilo mientras no le rinda las cuentas de su tutoría, las censure el consejo de familia y se aprueben definitivamente; cuarto, el cónyuge sin el consentimiento de su consorte, ora sea el varón ó la mujer el que intente la adopción.

Pueden ser adoptados los que tengan quince años menos que

el adoptante. Consiguientemente, en esta regla general amplísima del Código quedan comprendidos el menor sometido á la potestad de su padre y el mayor emancipado; el sometido á tutela por su orfandad ó incapacidad, y el expósito, con arreglo á la ley de 1849 y reglamento de 1852 que hemos tratado en el comentario.

Es causa de suspensión de la adopción, la concepción de un hijo en legítimo matrimonio, y son causas de revocación de la misma, siquiera el Código guarde en ello un silencio absoluto, las de indignidad y desheredación que hemos dejado tratadas asimismo en el comentario.

Finalmente, es regla general de la adopción la de que nadie puede ser adoptado en vida del adoptante por otra persona distinta de éste. Sin embargo, esta regla tiene una excepción en el caso de que dos cónyuges adopten á una misma persona, realizando lo que se denomina adopción conjunta.

ART. 175. El adoptado podrá usar, con el apellido de su familia, el del adoptante, expresándolo así en la escritura de adopción.

Concordancias.—Igual en el fondo al art. 140 del proyecto de Código de 1851 y al 141 del de 1882.

PRECEDENTES LEGALES.—*Ninguno.*

COMENTARIO.—En rigor no lo necesita porque la misma sencillez del artículo rechaza toda explicación.

Aparece por vez primera en nuestra legislación sin precedente ninguno que le invista de autoridad.

El Código civil francés, en su art. 347, consignó este derecho del adoptado, diciendo que la adopción confiere el apellido del adoptante al adoptado, añadiéndole al de este último.

Los autores del Código de 1851, en el art. 140, recogieron el mismo principio, pero haciendo depender la facultad del adoptado de usar el apellido de su padre adoptivo de una condición, sin cuya concurrencia aquel derecho desaparecía. Y para mayor

claridad y fuerza de lo que pudiera llamarse artículo condicional, usaron de las palabras *con tal que*, indicadas por nuestro Derecho y los tratadistas para la expresión gráfica de las condiciones expresas.

En efecto, el art. 140 del proyecto de Código de 1851 decía así:

«El adoptado podrá usar, con el apellido de su familia, el del que le adopte, con tal que esto se exprese en la escritura de adopción.»

Sabemos, pues, el antecedente patrio del artículo que estamos comentando, y no decimos precedente, porque como no pasó de proyecto la obra de los civilistas de 1851, no precedió al Código actual en el terreno del derecho positivo, siendo, por tanto, una mera concordancia que da el alcance y significado de las palabras del art. 175 que tratamos.

Los autores del Código, partiendo indudablemente de la regla formalista de que un Código debe redactarse en sentido expositivo sin reservas ni cláusulas condicionales, que son más propias de la forma y contextura de la contratación, siquiera la forma expositiva envuelva una condición oculta á tenor de la jurisprudencia sentada, y principalmente de la sentencia de nuestro Supremo Tribunal de 24 de Diciembre de 1866, que declara contenerse condición en todo lo que modifica, restringe ó extiende los efectos de un contrato principal, redactaron el artículo con las siguientes palabras: «El adoptado podrá usar, con el apellido de su familia, el del adoptante, *expresándolo así en la escritura de adopción.*» Obsérvase que si bien la forma varía, la idea que contiene es la misma, y en su consecuencia, y traslucido ya por el examen que hemos hecho cuál es el espíritu del Código en este particular, puede sostenerse que si en la escritura de adopción no se estipula, haciéndolo constar expresamente, que el padre adoptivo confiere al adoptado la facultad de usar su apellido unido al de la familia natural de este último, no adquiere ningún derecho, quedando reducido el que nace de la adopción pura y simplemente al de los alimentos.

La adopción, pues, no es más que un contrato en el que las partes contratantes acuerdan de antemano las bases de la convención que ha de solemnizarse por escritura pública.

Mas, ahora bien, ¿qué se entenderá por apellido de la familia

del adoptado? Porque el Código no dice «los apellidos del adoptado», sino el apellido de su familia.

Apellido es, como dicen los autores de la Enciclopedia de Derecho y Administración, el nombre ordinario del linaje ó de las familias, que fija su procedencia y la filiación de sus individuos como partes que á ellas pertenecen, y que se forma por la celebridad de algún hecho, de algún lugar ó de alguna persona de donde emana su origen.

Entre los romanos el *agnomen* desempeñaba análogo oficio al que entre nosotros cumple el apellido y significaba la *gens* de donde procedía el individuo.

Introducida la costumbre del apellido en nuestro reino á la usanza romana, después de la ruina de la Monarquía Visigoda, no se generalizó, sin embargo, hasta el siglo XI. Entonces los nobles adoptaron por apellido, bien el nombre de sus feudos ó de las comarcas conquistadas, y los plebeyos el de sus oficios ó profesiones, miembros del cuerpo, pueblos, árboles, objetos de uso doméstico, etc. El apellido constituye una propiedad de la familia, siendo lícito afirmar con Escriche que no puede adquirirse sino por la que de varón en varón traen su origen de la misma, pues que no es más que una señal del hecho de la descendencia.

Consiguientemente el apellido de la familia será el apellido del varón, que es el que se transmite de generación en generación, puesto que el de las hembras se extingue sin pasar á su descendencia. Por lo tanto, el adoptado que expresamente estipulare en la escritura de adopción el uso del apellido del que lo adopta, deberá añadirlo al suyo paterno.

¿Y si se tratase de un expósito, al que, según la costumbre introducida, se le hubiere apellidado con el nombre de un santo ó con un apellido usual á tenor de la regla 3.ª del art. 34 del Reglamento para la ejecución de la ley del Registro civil?

Como carece de familia, evidente es que no puede realizarse la adición del apellido del adoptante en los mismos términos que el Código lo establece.

Sin embargo, el nacimiento del expósito se inscribe en el Registro, y hay que expresar su nombre y un apellido usual si no se indicare alguno que se estimase conveniente, como lo preceptúa el núm. 5.º del art. 48 y el 49 de la ley provisional del Registro

civil en relación con la regla 3.ª del art. 34 del Reglamento para la ejecución de dicha ley.

De aquí, pues, se deduce que, al ser adoptado el expósito con facultad de usar el apellido del adoptante, las palabras «*apellido de su familia*» que el Código emplea, deben entenderse como el apellido propio del expósito.

Pudiera, sin embargo, el adoptante llevar tan alta su protección y ser tanta la pureza de sus sentimientos, que para borrar de la frente del expósito esa cualidad que no afrenta, pero que las ridiculeces sociales la miran como degradante, quisiera darle su apellido en primer lugar para que desapareciese el del expósito ó fuese en segundo lugar.

Partimos de la base de que el expósito consta inscrito en el Registro con el nombre y apellido que para su determinación personal pluguieron darle en el asilo de caridad donde fué expuesto por los que le procrearon.

La ley no cierra las puertas á tan justa pretensión, y en nuestro sentir, dentro de la ley provisional del Registro civil de 17 de Junio de 1870 y del Reglamento de 13 de Diciembre de dicho año, se encuentra el medio para lograrla.

Después de todo, se trata simplemente de una modificación de apellidos, ó sea una alteración de los asientos del Registro, que, en nuestro sentir, habrá de realizarse con anterioridad á la adopción.

El procedimiento no puede ser más sencillo, y consiste en dirigir, el que quiere adoptar con consentimiento del que va á ser adoptado ó de la Junta local de Beneficencia si aún estuviese sometido á su protección en el asilo de caridad correspondiente, un escrito al Juzgado exponiendo las causas que le mueven y expresando con claridad y precisión la súplica. Deberá acompañarse la partida de nacimiento, ó acta de inscripción del adoptado y demás documentos que se consideren congruentes al fin propuesto.

Presentado dicho escrito, se publicará una relación del mismo á cuenta del solicitante en los periódicos oficiales de la provincia de este último y de su domicilio ó última residencia, y en la *Gaceta de Madrid*, á fin de que si hubiese algún interesado en contrario pueda formular su oposición en el término de tres meses, á contar desde el día de la publicación.

Transcurrido dicho término y unido al expediente un ejemplar de los periódicos arriba expresados, el Juez, oído el dictamen fiscal, elevará por conducto ordinario el expediente al Ministerio de Gracia y Justicia.

La resolución se dictará por Real orden, á propuesta de la Dirección general de los Registros civil y de la Propiedad y del Notariado.

Si hubiese habido oposición, se oirá previamente á la Sección de Estado y Gracia y Justicia del Consejo de Estado.

La Real orden se presentará en el Registro civil correspondiente para que, á tenor de lo dispuesto en el art. 60 de la ley, se anote dicha alteración al margen del acta de nacimiento (artículos 69 al 74 del Reglamento para la ejecución de la ley del Registro civil). Nos ha parecido que no hay dificultad en aplicar este procedimiento al caso particular que hemos tratado, puesto que al cabo todo viene á quedar reducido á una variación del apellido, caso previsto por la ley y que es precisamente aquel cuyo procedimiento hemos expuesto.

ART. 176. El adoptante y el adoptado se deben recíprocamente alimentos. Esta obligación se entiende sin perjuicio del preferente derecho de los hijos naturales reconocidos y de los ascendientes del adoptante á ser alimentados por éste.

Concordancias.—Igual al párrafo 1.º del art. 141 del proyecto de Código de 1851 y al art. 142 del de 1882.

PRECEDENTES LEGALES.—*Ninguno.*

COMENTARIO.—La base, por decirlo así, de la adopción, tal como la concibe nuestro Código, está, en orden á los efectos civiles, en el deber recíproco de adoptante y adoptado de suministrarse alimentos. Aunque la adopción se ha desnaturalizado con la desaparición del derecho á la sucesión abintestato, no por eso ha perdido de tal suerte su parentesco con el antiguo Dere-

cho romano, de donde arranca institución tan combatida y que tantos vaivenes ha sufrido en nuestros Códigos que, siquiera sea por la fuerza de la tradición ó por herencia, no conserve algo de su antiguo y típico carácter. Este algo es la inmitación de la naturaleza, llevada á la exageración en el Derecho romano, hoy olvidada en puntos capitalísimos.

En efecto, al extinguirse la patria potestad natural por la adopción, se crean entre el padre adoptivo y el adoptado relaciones de afecto y simpatía que la ley traduce en potestad del primero y en reconocimiento y obediencia por parte del segundo.

Esta potestad y esta obediencia no pueden menos de significarse en el orden real por una sucesión de actos que demuestren el arraigo del cariño entre uno y otro; esta continuidad de actos, que la ley recoge y presenta como un derecho recíproco, es el derecho de alimentos, puesto que de ningún modo se expresa mejor la dependencia de adoptante y adoptado que por la prestación de aquellas sustancias indispensables para la conservación de la vida.

Así como el padre natural, por el mero hecho de haber engendrado á su hijo, no puede desampararle en medio de la vida social, y á la inversa, el hijo que ha recibido beneficios de su progenitor tampoco puede desasirse de sus deberes morales y legales rompiendo la traba de la sangre y la dulce cadena de la reverencia y veneración hacia el padre, afectos todos estos que encarnan en la prestación de alimentos, de idéntica manera, y en orden á la inmitación de los efectos civiles de la paternidad natural, el padre adoptante debe á su hijo adoptado los medios para la subsistencia, y éste debe á aquél iguales arbitrios, porque la obligación de los alimentos entre seres que guardan entre sí tan íntima relación y tan profunda simpatía y dependencia como la que hay entre padres é hijos, ora sean adoptivos, ora legítimos, supone siempre la reciprocidad en este género de obligaciones, como uno de los fines esenciales por derecho natural á la virtualidad de la sociedad filial.

Es evidente que la materia de alimentos, tratada con anterioridad, es aplicable al caso que estudiamos. Así es que el adoptante tendrá derecho á los alimentos del adoptado en identidad de circunstancias á las en que lo tiene el padre respecto de

su hijo legítimo, es decir, cuando se hallare en extrema necesidad, y siempre á contar de la interposición de la demanda, y lo mismo decimos del hijo con relación á su padre.

Ahora bien: ¿á qué clase de alimentos se refiere el Código al fijar en términos genéricos y sin particularización el expresado derecho recíproco? En nuestro sentir, á los determinados en el artículo 142, es decir, no sólo á lo indispensable para el sustento, habitación, vestido y asistencia médica en armonía con la posición social del adoptante ó del adoptado, sino que si se tratare de este último y fuese menor, la palabra alimentos comprende también la educación y la instrucción del alimentista.

No se concibe que una persona adopte por un interés egoísta, y esto supondría no englobar dentro del concepto jurídico de alimentos la instrucción que ha de colocar al adoptado en una situación independiente y apropiada para lograr su independencia y ocupar el hueco que le esté reservado en esa maravillosa agrupación en orden al fin humano que se llama sociedad.

Pero el Código hace una excepción. En la concurrencia, en la pugna de dos derechos, el de un hijo adoptivo y el de un natural reconocido ó el de un ascendiente, ¿cuál habrá de ser preferido?

La solución se impone, y entendemos que el Código, reconociendo la fuerza y poderío de los indestructibles lazos de la naturaleza, se ha movido dentro de un criterio acertado dando la preferencia al vínculo natural sobre el vínculo fingido.

Por otra parte, si bien es cierto que tanto el hijo natural reconocido como el adoptivo están bajo la potestad del padre ó madre que los reconociere ó adoptare, no lo es menos que la razón que ha movido al legislador á decretar la preeminencia de derechos del hijo habido por naturaleza subsiste en este caso con la misma intensidad.

¿Pero esto quiere decir que el hijo adoptivo pierde todos sus derechos, los cuales son absorbidos por los del ascendiente ó natural reconocido? Esto dependerá de la situación económica del adoptante. Claro es que si posee medios de fortuna capaces de atender á las referidas obligaciones, deberá proveer á ambas en la proporción de su caudal, ora pagando la pensión que se fije, ora teniendo á los alimentistas en su domicilio. Mas si los bienes fuesen de tan escasa cuantía que apenas bastaren á cubrir las

atenciones del obligado á prestar alimentos y concurriese de un lado un ascendiente necesitado y de otro un hijo adoptivo, éste último será el perjudicado.

Nada vale ni nada significa el orden en el tiempo para la preferencia en el derecho; de tal suerte, que si después de adoptar viniere á pobreza el ascendiente del adoptante y reclamase alimentos, la situación del adoptado vendría á ser la misma señalada en el párrafo anterior.

El Código no habla más que de los hijos naturales reconocidos y de los ascendientes del adoptante. ¿Y si se tratase de un adoptado con posterioridad á su emancipación legal, cuyo adoptado poseyere bienes de fortuna en proporción escasa y sus ascendientes se hallaren necesitados? Siendo, como hemos visto, el deber de los alimentos recíproco, en la pugna de derechos, de un lado el padre adoptivo, y de otro el padre natural, ¿cuál de los dos tendrá la preferencia? En nuestro sentir, y á pesar del silencio del Código, entendemos, sin rebozo de ninguna clase, que será preferido por todos conceptos, en derecho y por moral, el padre legítimo.

No es el derecho á los alimentos de aquellos que se extinguen ó admiten suspensión; es perpetuo, mientras dure la necesidad del que tiene la facultad de pedirlos, y si la necesidad abarcare toda una vida, por impedimento físico ó por desgracia de intereses ó de trabajos independientes de la voluntad del perseguido del infortunio, toda una vida subsistirá esa obligación Así, pues, nada importa que un individuo, mayor de edad, desligado de su familia natural, sea adoptado; el derecho del ascendiente legítimo prevalecerá sobre el del adoptante, que al cabo, así como el hijo adoptivo conserva todos los derechos de su familia natural, el hereditario, por ejemplo, en justa compensación, lógico es que la familia natural conserve también sus derechos sobre el que salió de ella por la adopción, ó por la emancipación legal ó por la que le confirió el matrimonio.

La condición de hijo nada la borra, y buena prueba nos da del aserto que sostenemos, el art 853, núm. 1 °, del Código civil, consignando como justa causa de desheredación la negativa del hijo á prestar alimentos al padre necesitado.

Esto demuestra la permanencia de la obligación, y pone de relieve los motivos que nos han impulsado á recoger la idea en

que se inspira el Código con respecto al adoptante, y aplicarlo por analogía extensiva al adoptado.

ART. 177. El adoptante no adquiere derecho alguno á heredar al adoptado. El adoptado tampoco lo adquiere á heredar, fuera de testamento, al adoptante, á menos que en la escritura de adopción se haya éste obligado á instituirle heredero. Esta obligación no surtirá efecto alguno cuando el adoptado muera antes que el adoptante. El adoptado conserva los derechos que le corresponden en su familia natural, á excepción de los relativos á la patria potestad.

Concordancias.—Análogo al pár. 2.° del art. 141 del proyecto de Código de 1851 y al art. 143 del de 1882.

PRECEDENTES LEGALES.—*Fuero Real, lib IV, tit. XXII, ley* 1.ª (Véanse los *Precedentes* del art. 174, caso 2.°)

Fuero Real, lib. IV, tit. XXII, ley 5.ª—Si alguno que fuere recebido por fijo de otro muriere sin manda, ante que aquel que lo recebio por fijo, los sus parientes más propinquos hereden lo suyo é no aquel que lo recebio por fijo, ni ninguno de sus parientes: otro si mandamos, que si aquel que lo recebio por fijo muriere ante que aquel que recebio e no ficiere manda, herede la quarta parte de sus bienes: e si manda ficiere, no le pueda toller la quarta parte, e las tres quartas partes hereden sus parientes mas propinquos: e si él despues muriere sin manda, los sus parientes mas propinquos hereden lo suyo, e no los parientes de aquel que lo recebió por fijo.

Part. 4.ª, *tit XVI, ley* 8.ª—A tuerto, e sin razon non deue ninguno sacar de su poder a aquel que ouiere porfijado, nin lo deue desheredar.

Pero si alguno contra esto ficiese, tenudo es de dar a aq que porfijó todo lo suyo con que entró en su poder con todas l ganancias que despues fizo; sacado el usufruto que recibió

los bienes del porfijado de mientra quel tuuo en su poder. E demas de esto deue dar el porfijador la quarta parte de todo cuanto que ouiere.

E lo que diximos en esta ley e en la de ante de ella entiendese del porfijamiento que es fecho en la manera que es llamada en latin *arrogatio;* que quier tanto dezir como porfijamiento que se faze por otorgamiento del Rey; mas si fuere fecha en la otra manera que dizen *adoptio*, que quier tanto dezir, como profijamiento que es fecho con otorgamiento de otro Juez, bien puede el porfijador sacar de su poder al porfijado quando quisiesse con razon o sin razon E non heredara ninguna cosa de los bienes de aquel quel porfijo. E esto es, por que tal porfijado non heredaria en los bienes de aquel quel porfijo maguer nol sacasse de su poder: fueras ende si el porfijador muriesse sin testamento.

Part. 4.ª, *tit. idem, ley* 9.ª—De suso en las leyes sobredichas mostramos la fuerça que ha el porfijamiento, que es fecho por arrogación E agora queremos mostrar otrosi la fuerça que ha el porfijamiento, que es fecho por adopcion E dezimos, que si alguno diesse a sus fijos porfijar, a tal ome que non fuesse abuelo del moço, o bisabuelo de parte de su padre, nin de su madre; el que es porfijado desta manera, no pasa a poderio de aquel que le porfija. Pero de tal porfijamiento como este siguesse este pro al porfijado; que heredara todos los bienes de aquel quel porfijo, si muriere sin testamento, e non ouiere otros fijos; ca si los ouiere, partira con ellos, e aura su parte como cualquier dellos. Mas con todo esto, non se entiende que heredara por esta razon en los bienes de los fijos, nin de los otros parientes del porfijador.

COMENTARIO.—Dos importantes declaraciones legales, si es permitida la expresión, contiene el artículo que vamos á estudiar con la mayor brevedad; la primera radicalísima, en abierta contradicción con el precedente sentado por nuestras leyes patrias, especialmente por las de Partida, que tan ampliamente trataron esta materia; la segunda que, á nuestro juicio, debió formularse en artículo por separado para mayor orden en la exposición é independencia en el precepto, natural, apropiada, con entronque en el Derecho romano, recogida, ya que no expresada categóricamente, por nuestras leyes, hoy derogadas y finalmente reproducidas en los Códigos modernos.

Ya hemos dejado traslucir nuestra opinión de que el derecho á la herencia *ab intestato*, aun en concurrencia con hijos de legítimo matrimonio habidos después de verificada la adopción, si bien siendo la porción hereditaria de menor cuantía que la de aquéllos, es la que da el verdadero tinte de institución benéfica á la de que nos ocupamos, llevando sus efectos más allá de la vida del adoptante y perpetuando su supuesta voluntad por medio del derecho del adoptado á suceder *ab-intestato* al que le adoptó.

No se nos tachará seguramente de apegados á la tradición y de laudatores exagerados del Derecho romano, pero conceptuamos la adopción como un edificio de estructura puramente románica, y se nos figura profanarla mezclar otro estilo diverso que constituye disonancia tan grande y contraste tan inarmónico como si en el mismo edificio y al lado del arco romano se introdujese la ojiva gótica.

Nada hubiese afectado á su naturaleza jurídica darle diverso desarrollo, diversa forma, aunque encerrando la esencialidad de los mismos principios, como, v. gr., lo ha realizado el Código civil francés, desenvolviendo la doctrina en dos instituciones: la tutela oficiosa y la adopción propiamente dicha. Lo que ha venido á desfigurar en nuestro Código civil una institución tan veneranda, es la supresión del derecho de suceder *ab-intestato* al adoptante.

Nada importa seguramente por lo que pueda afectar á derechos adquiridos ni porque, desvanezca esperanzas é ilusiones creadas al calor de la antigua legislación; primero, porque, según dejamos sentado en el conciso estudio que precede á este capítulo, la adopción en España no ha echado raíces, y consiguientemente no han podido nacer esos derechos; segundo, porque las reglas aclaratorias que van al fin de la edición oficial del Código resuelven en preceptos amplios y ajustados al derecho los conflictos que en el terreno de los hechos pudieran presentarse. Pero las instituciones jurídicas no se transforman al arbitrio del legislador ni porque su práctica sea más general ó restringida, sino por lo que en sí son, por la propia virtualidad de la idea que encierran, en una palabra, atendiendo á la inalterabilidad de sus fundamentos. Hubiéramos optado por la desaparición en nuestro Código de la adopción, como ya lo intentaron los civilistas de 1851, antes que cercenar los derechos que nacen de tan s-

lemne acto, dejándole reducido á un simple contrato de mutua protección, ó por lo menos le hubiéramos denominado de otra suerte. A las ruinas hay que llamarlas ruinas.

Comienza el artículo estableciendo un precepto justo, á saber: el adoptante no adquiere derecho alguno á heredar al adoptado. Aunque la adopción inmita la naturaleza, no puede pasar de una mera inmitación, por cuyo motivo el legislador, previendo que hubiera alguien que con miras egoístas pretendiera la adopción de un extraño, no á impulsos del cariño, sino del interés, y que con esto se desnaturalizaría completamente la adopción, bastardeándose sus puros fundamentos, cortó de raíz el mal futuro, llevando su previsión á un alto grado digno de alabanza.

Otra cosa muy distinta es la sucesión por testamento, porque si bien se sobreentiende la facultad del adoptado de instituir heredero al adoptante, en defecto, claro es, de herederos forzosos, pudiera creerse por algunos, dada la redacción del artículo, que al establecer el Código el precepto categórico de que el adoptante no adquiere derecho alguno á heredar al adoptado y no hacer distinción entre la herencia testada y la intestada, quiso con ello dar á entender la incapacidad del primero de heredar por testamento al segundo.

No existe ni puede existir esta incapacidad; primero, porque las prohibiciones ó incapacidades legítimas es menester que consten en un precepto claro y terminante de la ley, y en el extremo que analizamos, no se encuentra en todo el Código una sola palabra que incapacite al adoptante á suceder por testamento á su hijo adoptivo; segundo, porque las palabras «el adoptante no adquiere derecho alguno á heredar al adoptado,» lo que quieren decir es que por el hecho de la adopción nada concede la ley al adoptante respecto á la herencia de su hijo adoptivo. Si éste quiere mostrar su sincero agradecimiento al que le recogió del desamparo, acto laudable es y del dominio de la voluntad, asilo donde no puede penetrar la ley y oponer su veto sino en contadas ocasiones y para evitar un mal mayor, que á la postre vendría á redundar en perjuicio de la colectividad.

La prueba de lo que sostenemos nos la da cumplidamente el mismo Código civil con su silencio, como dejamos dicho, respecto á esta incapacidad que hemos fingido en terreno puramente hipotético.

En efecto: basta repasar la sección 1 ª del capítulo II, tít. III del libro tercero para cerciorarse de la intención del legislador al dictar el particular del artículo que tratamos.

Desde el art. 745 al 757 se enumeran diversas causas de incapacidad para suceder por testamento, sin que se mencione la institución de heredero hecha por el adoptado en favor del adoptante.

Podría decirse que hay cierta paridad entre la incapacidad del tutor á suceder á su pupilo antes de la aprobación de la cuenta definitiva (art. 752) y la del adoptante á suceder á su hijo adoptivo. Cierto que la hay, y ambas dependencias, la del pupilo y la del hijo adoptivo, se prestan á las sugestiones de los que en uno y otro caso ejercen la autoridad, pero al mismo tiempo no cabe desconocer que el adoptante, á tenor del art. 166, no adquiere ni el usufructo ni siquiera la administración de los bienes del adoptado, y en cambio, el tutor puede en cierto modo llamarse árbitro de la suerte del pupilo, puesto que de su gestión depende el acrecentamiento ó mengua del patrimonio del confiado á su guarda.

Por otra parte, el cargo de tutor es meramente oficial, como toda administración deferida por la ley, y con atribuciones taxativamente marcadas en la misma respecto á la rendición de cuentas; es, aunque sea repitiendo la frase, *cargo*, y la posición legal del adoptante no es *cargo* ni se ciñe á reglas marcadas de antemano, sino que nace por virtud de un sentimiento noble, crece y prospera nutriéndose con el cariño acrecentado, y espira cuando se borra el afecto por causa grave, ó cuando sobreviene la muerte.

Pongámonos en el caso en que las distancias se acortan porque las afinidades se estrechan, es decir, cuando el adoptante, por virtud de la facultad que le concede el art. 166 ya citado, presta fianza bastante y entra en la administración de los bienes de su hijo adoptivo.

¿Nacerá en este caso particular su incapacidad á sucederle por testamento? O mejor dicho: ¿surtirá efecto la disposición testamentaria del adoptado hecha á favor del adoptante? Punto es éste sobre el que nada concreto dice el Código. Nosotros, sin embargo, salvando cualquiera otra opinión siempre más autorizada que la nuestra, entendemos que para resolver con probabi

lidades de acierto, conviene distinguir dos diversos tiempos que originan dos diversos casos.

1.º Cuando el adoptado es menor y entra en adopción, v. gr., con el consentimiento del consejo de familia porque es huérfano de padres y carece de ascendientes.

Sabido es que, según el art. 278, desde dicho momento termina la tutela.

Llega el hijo adoptivo á los catorce años, y adquiere, como es consiguiente, su capacidad para testar y en virtud de ella, no teniendo herederos forzosos, instituye á su padre adoptante que, como dejamos dicho, ha prestado fianza suficiente y tiene en administración los bienes del menor adoptado. ¿Surtirá desde el instante del fallecimiento del menor sus efectos el testamento, ó quedará pendiente de la rendición y aprobación de cuentas, la que vendría á constituir, por decirlo así, una condición suspensiva impuesta por la ley? Nos inclinamos á este último supuesto, y nos fundamos para ello en el mismo Código y en el concepto general de toda administración.

En primer lugar, el art. 166, que ya hemos citado en este comentario, exige la fianza para garantir las resultas de la administración, resultas que, como es lógico, suponen una rendición final de cuentas y una aprobación de las mismas en los casos en que la adopción se extinga, como sucede precisamente en el que hemos supuesto. Ahora bien: como sin una inspección de las cuentas expresadas que dé la medida del caudal, no habría resultas conocidas que desmostrasen la buena gestión del administrador, de aquí que ínterin la rectitud de miras del padre adoptante y su inclinación cariñosa en pro de los intereses del hijo no se descubra por la pureza de sus gestiones y la exactitud de sus cuentas, poniendo de relieve que no hubo miras egoístas en la adopción, deben, en nuestro sentir, suspenderse los efectos de la disposición testamentaria del adoptado menor de veintitrés años hasta tanto que sean rendidas las cuentas y hayan obtenido la aprobación judicial. No creemos que la referida disposición testamentaria adolezca de vicio de nulidad insubsanable, como la determinada en el art. 753, párrafo primero, respecto del testamento del pupilo hecho á favor de su tutor, y ya hemos dado las razones que nos mueven á mantener esta opinión; pero nos parece que, dada la semejanza de situaciones que la ley crea en lo

que atañe á los bienes del adoptado y pupilo, es una medida de previsión inspirada en justos motivos, evitar el fraude, si lo hubo, por un medio tan sencillo y natural como el que nos ha sugerido el espíritu de los preceptos del Código y el concepto de administración.

Como no se trata sino de padre é hijo, siquiera lo sean por la adopción, parécenos violento equiparar los efectos civiles, en orden á la sucesión testamentaria, al ya expresado en el art. 753, y de otro lado, como tampoco el vínculo que la ley crea es tan fuerte como el de la sangre, y buena prueba de ello es que los ascendientes por adopción, si se nos permite la frase, no heredan forzosamente, asimismo nos ha parecido excesivo dar de plano validez al testamento del menor en que instituye heredero á su adoptante, mucho más cuando el legislador lleva su justificado recelo á exigirle la prestación de una fianza si ha de administrar los bienes del adoptado.

En la fluctuación entre estos diversos términos, hemos optado por el medio expuesto, más bien que como una derivación directa del Código, como una opinión particular nuestra que desearíamos ver confirmada por la jurisprudencia, supliendo el vacío del Código civil.

2.° Cuando el adoptado es mayor, ó estando en adopción llega á la mayoría de edad, y deja transcurrir cuatro años sin impugnar aquélla, ¿surtirá efecto desde el instante de su fallecimiento el testamento otorgado en favor del adoptante?

Nos parece hasta ridículo extenderse en reforzar con consideraciones de derecho lo que de por sí es tan claro y evidente. El testamento es válido siempre que no perjudique derechos legítimos de herederos forzosos.

Sienta á continuación el art. 177 que estudiamos, el radical principio de que el adoptado tampoco adquiere derecho á heredar fuera de testamento al adoptante, á menos que en la escritura de adopción se haya éste obligado á instituirle heredero.

Para desarrollar la doctrina contenida en este precepto, necesitamos de un espacio de que no disponemos, por cuyo motivo vamos á concretar lo posible.

Rompe toda la tradición jurídica, á contar desde el Derecho romano. La ley 10, tít. XLVIII del lib. VIII del Código Justinianeo *De Adoptionibus*, dice: «...por esto mandamos que por lo

mismo que el hijo adoptado conserva todos sus derechos hacia su padre natural, tenga sólo el de suceder *ab-intestato* á su padre adoptivo...»

La ley 9.ª del tít. XVI de la Part. 4.ª dice: «...pero de tal porfijamiento como este siguesse este pro al porfijado, que heredará todos los bienes de aquel quel porfijó si muriese sin testamento e non oviere otros fijos, ca si los oviere partirá con ellos e aura de su parte como cualquier dellos...»

En el perfecto acuerdo de la ley romana y la de Partidas que ha venido rigiendo la adopción como derecho supletorio, alteraba, aunque no del todo, la armonía, la ley 5.ª del tít. XXII del libro cuarto del Fuero Real. Este cuerpo legal, tratando de conciliar el Derecho genuinamente patrio y el de las leyes romanas, fluctuando entre el mutismo del primero y la expresiva doctrina de las segundas, estableció que el adoptado tenía derecho á una cuarta parte de los bienes del adoptante cuando éste falleciere sin testamento, y aun si le hubiese otorgado no se la podrían disputar sus más próximos parientes.

Los Códigos modernos, que se han inspirado en el concepto jurídico de la adopción tal y como es en sí, han conservado igual derecho al establecido por los romanos y por nuestro Código de las Partidas, y en prueba de ello citaremos el Código guatemalteco, y como norma de todos el Código Napoleón, que al consignar en el art. 350 la igualdad de derechos del hijo adoptivo y del nacido de matrimonio legítimo, por lo que respecta á la sucesión, extiende la identidad á la intestada, á tenor del 731 del mismo Código.

Extraña tanto más, después de las anteriores referencias, la discordancia y originalidad de nuestro Código, que sin respetar la tradición, salta por cima de las antiguas leyes, introduciendo un precepto exageradamente individualista y pretendiendo suplir las consecuencias con un formalismo censurable, no por lo que es en sí, sino por lo que intenta llenar.

Pero es que aun dentro del más puro derecho natural, meta á la que deben procurar acercarse todo lo posible los legisladores, no encuentra sanción el principio que no acertamos á comprender por qué se ha introducido en nuestro derecho, si no es por un exagerado afán de innovar. Los mismos fundamentos de la adopción exigen que sus efectos benéficos transciendan más allá de la

tumba del adoptante, de tal suerte, que al morir éste, no perezcan los derechos del adoptado, sino que persistan consagrando la obra de caridad y perpetuándola, mientras viva aquel que supo despertar por su desamparo los afectos del que le adoptó.

Vengamos al terreno de la realidad y habremos de confesar que cuando la adopción se realiza, es porque el corazón siente el vacío de no tener a quien aplicar el cariño, ó porque los impulsos caritativos arrastran al adoptante á tomar bajo su guarda á un desvalido; y entonces, ya que la ley comienza la obra estatuyendo la adopción, ¿por qué no la concluye fijando sus derechos? A esto podrá oponerse que puesto que la forma predomina hasta el punto de ser la escritura de adopción la ley privada que regula los derechos de adoptante y adoptado, queda á la voluntad de aquél prometerle la institución de heredero ó instituirle en testamento. Esto es precisamente lo que censuramos, porque, según nuestro criterio, no es fijar derechos, sino dejarlos al arbitrio de una de las partes estipulantes, que será la que los fije, si place á su voluntad.

Alguna mayor protección por parte del legislador merecía el adoptado.

La ignorancia de la ley, la indiferencia y á veces hasta la apatía del carácter nacional, pueden dar por resultado que el adoptante no prometa al adoptado en la escritura de adopción instituirle heredero. Mas si luego cae en la cuenta de su olvido y al tratar de subsanarlo fallece *ab-intestato*, sucederá que abierta la sucesión legítima concurrirán parientes colaterales lejanos, á quienes ningún cariño profesaba el adoptante, y ellos repartirán entre sí la herencia de aquél, quedando en el mayor olvido el adoptado. De suerte que aquellos parientes que no tenían obligación de cuidar y alimentar al que heredan, serán preferidos al que, si es cierto que no estaba ligado con vínculos de parentesco, teníalos mucho más fuertes, creados por el cariño y sancionados por la ley, y tenía además el deber ineludible de alimentar al que le adoptó. ¿Es ésta la presunción lógica en que se funda la sucesión *ab-intestato?* ¿Es esta la imitación de la naturaleza en orden al cariño paternal? ¿Lo es en orden á los efectos civiles? Pues si estos son los verdaderos fundamentos jurídicos de la adopción, ¿dónde encaja el precepto de que el adoptado no adquiere derecho á suceder *ab-intestato* al adoptante?

El Código ha buscado un medio de transacción estableciendo que el adoptado heredará *ab-intestato* al adoptante si éste se hubiese obligado á instituirle heredero en la escritura de adopción. Verdad que no lo expresa categóricamente, sino como excepción de la regla general que hemos estudiado. Ahora bien: ¿es condición precisa que la obligación se haya contraído en la escritura de adopción, según expresa el Código, ó surtirá los mismos efectos si se estipulase en escritura otorgada con posterioridad á la de adopción? Parécenos que esta última solución hubiera sido más justa, porque vendría en cierto modo á relajar el criterio restrictivo en que se han inspirado los autores del Código civil. Pero como la disposición es tan terminante y de otro lado hay necesidad de inscribir la escritura en los libros del Registro civil, tenemos que pasar forzosamente por la dureza del principio referido, aunque, en nuestra opinión, surtirá iguales efectos la promesa posterior, si como novadora de las estipulaciones de la primera escritura, se anotase en el Registro civil al margen de la inscripción primitiva.

Como ya queda suficientemente analizado y discutido este particular del artículo, presentemos un caso esencialmente práctico.

Si habiendo prometido el adoptante instituir heredero al adoptado falleciese sin testamento, dejando descendientes, ó ascendientes, ó hijos naturales reconocidos ó legitimados por gracia Real, ¿cuál será la posición del adoptado? A nuestro entender, conviene de antemano fijar cuál es el lugar que en la sucesión legítima le corresponde, porque de esta suerte, y teniendo ya la regla fija, es muy fácil resolver cualquier dificultad que la práctica pudiera presentar.

La fuente á donde debemos recurrir es el cap. III del tít. III del libro tercero del Código civil.

No hallamos ningún precepto que defina y aclare este extremo, pero por la vía de un sencillo análisis, opinamos que el lugar del adoptado en la herencia legítima se encuentra á continuación de los hijos naturales reconocidos y de los legitimados por subsiguiente matrimonio, y antes de los parientes colaterales de cualquier grado hasta el sexto, en que se extingue la sucesión legítima, pasando al Estado como supremo representante de los intereses generales de la nación, y entre ellos, de los estableci-

mientos de beneficencia, á los cuales de hecho habrá de corresponder la herencia.

En efecto, la cuestión no ofrece la más pequeña duda tratándose de descendientes que hubieren nacido con posterioridad á la adopción. Ellos gozan de su porción legítima, y en defecto de testamento, son los llamados en primer lugar, á tenor del art. 931.

Tampoco presenta obstáculo si á falta de descendientes concurrieran ascendientes é hijo adoptivo.

Los primeros tienen también su porción legítima, y en la sucesión ab intestato el derecho á toda la herencia con exclusión de los colaterales, según preceptúa el art. 935. Vienen luego los hijos naturales reconocidos y los legitimados por concesión Real, no mencionando para nada á los legitimados por subsiguiente matrimonio, puesto que sus derechos son idénticos á los de los hijos habidos de justas nupcias. De la propia suerte, si concurrieran con hijos adoptivos, los naturales reconocidos ó legitimados por concesión Real, serán preferidos, puesto que ellos tienen su puesto marcado por la ley en el art. 939.

Al llegar aquí debemos ampliar el razonamiento para aclarar bien cualquiera duda, porque, en nuestro entender, y dada la estructura especialísima de la adopción en nuestro Código, el lugar que en la sucesión legítima corresponde á los hijos adoptivos es precisamente el siguiente al de los naturales reconocidos, punto á donde hemos llegado.

La deficiencia es tan grave, y es tal la obscuridad en que habremos de caminar, que muy bien puede suceder que no interpretemos con exacta fidelidad el pensamiento del legislador; pero la culpa será de los redactores del Código, que han caminado por el laberinto sin el hilo de Ariadna.

Cuando leímos el artículo presente y notamos la prohibición á suceder ab intestato el adoptado al adoptante, nos pareció una innovación contraria á la esencia de la adopción y á sus fines; mas después que establecida la excepción en favor de aquéllos á quienes se les hubiese prometido instituirlos herederos en la escritura de adopción, observamos que en el tit. III, cap. III de la sucesión intestada, se guarda silencio respecto al lugar qu debe corresponderles, preterición injusta si no la disculpa el o vido, se robusteció más nuestro criterio de que debe desaparece la adopción del Código civil español como ha desaparecido ya d

los Códigos de Portugal, Méjico, Luisiana, Suecia, Noruega y otros países, ó debe ser reconstituída para que reivindique su fundamental concepto, según le conserva en los Códigos de Francia, Italia, Guatemala, etc.

El Código de Italia salva la dificultad con un artículo, el 737, que incluído en la sección 3.ª, cap. I del tít. II, «De la sucesión de parientes legítimos», dice que «bajo el nombre de hijos legítimos se comprenden también los hijos legitimados, *los hijos adoptivos* y sus descendientes...»

En el terreno acotado de nuestro Derecho civil positivo no podemos decir lo mismo que el Código italiano; primero, porque no sería una deducción lógica, sino una verdadera invención, y en el entretanto la jurisprudencia declare no es posible que el hijo adoptivo se arrogue un derecho sobre el que el Código enmudece; segundo, porque bien á las claras se observa la diferencia que se ha establecido entre el hijo adoptivo y el de legítimo matrimonio, distanciándolos tanto, que no es posible unirlos en el último derecho, cuando tan separados se encuentran en los primeros. Claro es que nos referimos al hijo superveniente á la adopción, y á la semejanza de derechos que debiera haber entre el hijo legítimo y el adoptivo, y que, sin embargo, el Código no establece.

El silencio del Código civil nos conduce de la propia manera á sostener el preferente derecho de los ascendientes y de los hijos naturales reconocidos en la sucesión intestada, á pesar de la promesa hecha al adoptado de instituirle heredero. Pero hay además un artículo, ya comentado, que da, por decirlo así, la clave de la intención del legislador, cuya intención pretendemos adivinar para suplir el hueco de su olvido. Este artículo es el 176. Se ocupa, como hemos visto, de la obligación recíproca de adoptante y adoptado, de suministrarse alimentos, efecto primero y principal de la adopción. Sin embargo, tienen la preferencia sobre el hijo adoptivo los descendientes é hijos naturales reconocidos. Ya no se trata de un derecho cuyo nacimiento pende del arbitrio del adoptante, como lo es el que nace de la promesa de instituirle heredero, sino del deber que constituye el alma de la adopción. Y si respecto de los alimentos son preferidos el ascendiente y el hijo natural del adoptante, ¿cómo no han de serlo en la sucesión intestada?

Rota ya en éstos la cadena de la sucesión forzosa, si la promesa se hizo, bien se ve que la voluntad del adoptante es que su hijo adoptivo sea preferido á los colaterales y aun al cónyuge viudo, quien no obstante conservará, en nuestro sentir, el derecho al usufructo de su porción legal señalada por la sección 7.ª del capítulo II, tít. III, libro tercero. La distancia que separa á los colaterales, la inexistencia de deberes recíprocos, siquiera entre hermanos legítimos medie la de alimentos en caso de extrema necesidad, el no estar declarados como herederos forzosos, todo concurre á preferir al hijo adoptivo, reservándole este lugar intermedio en la sucesión intestada, mucho más cuando la voluntad del adoptante se mostró en la escritura de adopción por virtud de la promesa solemne hecha al adoptado de instituirle su heredero.

Dada ya la norma que conceptuamos se deriva de los artículos del Código civil, la resolución de cualquier caso que se presente es muy sencilla.

Así es que, en el supuesto que hemos presentado y que ha sido el motivo del presente análisis, es á saber, el de la concurrencia del hijo adoptivo con descendientes nacidos después de la adopción, ascendientes, hijos legitimados por concesión Real y naturales reconocidos, el hijo adoptivo, á pesar de la promesa hecha en la escritura de adopción de instituirle heredero, nada adquirirá.

Si la promesa fué hecha, y al fallecer el adoptante no dejase ascendientes ni hijos naturales reconocidos, el hijo adoptivo entrará en el dominio de todos los bienes del padre adoptante.

Este es el caso que á nuestro modo de ver tuvieron en cuenta los legisladores al dictar el artículo que comentamos, y al preterir el lugar del adoptado, sin expresar por lo menos la analogía de derechos en el capítulo que se ocupa de la sucesión intestada.

Ocurre preguntar si habiendo prometido el adoptante en la escritura de adopción instituir heredero al adoptado y no cumpliendo con la obligación contraída, falleciere bajo testamento en el que instituyera á un extraño cualquiera, tendrá algún derecho el adoptado á pedir la nulidad de la institución hereditaria verificada.

Entendemos que no, por dos razones:

Primera. La de que sólo pueden pedir la nulidad de un test

mento redactado en forma legal aquellos que han sido preteridos injustamente teniendo un derecho fijado por la ley á participar de la herencia en la porción legítima que aquélla establece, salvo los casos de excepción. Otra cosa sería si el Código hubiese determinado la porción legítima de los hijos adoptivos; pero cuando ni siquiera se ha preocupado de establecer el lugar que en la sucesión intestada les corresponde, ¿cómo en el rigor del derecho escrito podremos mantener otro criterio?

Segunda. Porque aun presumiendo que la promesa de instituir heredero hecha por el adoptante al adoptado constituyera una cuasi institución, sabido es que el testamento es un acto esencialmente revocable. Siendo libre la voluntad del testador, la última espontánea manifestación de éste destruye y revoca las anteriores, y he aquí la razón del principio universal de derecho de que el testamento posterior deroga el anterior.

De suerte que aun en el supuesto referido de conceptuarla como una cuasi institución de heredero, según decimos, imitando la frase de Berlier, la preterición intencionalmente verificada no vendría, en último término, á ser más que la expresión de la libre voluntad del testador, perfectamente válida.

Pues qué, ¿no da seguramente más esperanzas y firmeza á las ilusiones la institución de heredero en un testamento que la simple promesa de institución en una escritura?

Y por acaso, ¿un testamento posterior, no viene á echar por tierra las esperanzas y á desvanecer las ilusiones, con ajuste estricto al derecho y al principio universalmente reconocido de ser el testamento un acto revocable por esencia? Pues ¿con cuánto más motivo no destruirá un testamento una promesa?

Hay además otra razón, y es que el texto del artículo que estudiamos se refiere más particularmente al caso de la sucesión *ab intestato*, haciéndola depender de la promesa expresada; pero sin dar á ésta más valor del que su propia naturaleza le imprime, mucho más cuando sabido es que los derechos del adoptado, por lo que respecta á la sucesión del adoptante, vienen á constituir la más rotunda negativa á la opinión que el primer Cónsul de la República tenía formada de la adopción, cuando suponía que era un contrato, sin más objeto que crear un heredero

Dice el Código, continuando el artículo: «Esta obligación no surtirá efecto alguno cuando el adoptado muera antes que el

adoptante.» Nótase á primera vista un defecto de redacción que no desfigura ni confunde el concepto legal; pero que afea y deslustra la pureza y claridad que debe resplandecer en un Código.

Por el mero hecho de decir «Esta obligación,» parece que es la dicha obligación la que no produce sus efectos, cuando es precisamente el incumplimiento de la misma por parte del adoptante lo que da vida al derecho del adoptado á la sucesión intestada, toda vez que si aquél la hubiere cumplido tendría lugar una sucesión por testamento.

Por otra parte, lo que el Código quiere expresar es que, falleciendo el adoptado antes que el adoptante, los parientes del primero, ya sean descendientes ó ascendientes, no adquieren ningún derecho á la sucesión intestada del segundo.

Seguramente que la deducción literal no es la que se deriva del espíritu del artículo.

Interpretando literalmente, se adivina el pensamiento del legislador; pero va envuelto en la bruma confusa de una redacción incorrecta y falta de sintaxis.

¿Cual es la obligación contraída por el adoptante? La de instituir heredero al adoptado. Pues si la obligación queda destruida por la muerte de éste, evidentísimo es que no surtirá efectos.

Resulta, pues, una simplicísima y redundante declaración, según el sonido de las palabras, siquiera el fondo que encierran sea justo y procedente en derecho.

Concluye el artículo estableciendo que el adoptado conserva los derechos que le corresponden en su familia natural, á excepción de los relativos á la patria potestad.

Ya en el Derecho Justinianeo, ley 10 del tít. XLVIII del libro octavo del Código, se declara que el adoptado conserva todos sus derechos sobre los bienes de su padre natural, así por lo que concierne á la querella como por lo que se refiere á la legítima.

Las leyes de Partida que, en consonancia con el Derecho de Roma, admitieron que los ascendientes naturales pudieran adoptar, al ocuparse en la ley 9.ª del tít. XVI de la Part. 4.ª *de la fuerça que ha el porfijamiento por adopción*, dijeron:

«E dezimos que si alguno diesse a sus fijos porfijar a tal om que non fuesse abuelo del moço o bisabuelo de parte de su padre nin de su madre; el que es porfijado desta manera no pasa á poderio de aquel que le porfija.»

Con estas palabras quedó consagrado en cierto modo el derecho del hijo á disfrutar de los beneficios que le otorga su definida posición en su familia natural.

No es de ningún modo una declaración tan explícita como la del Código Justinianeo; pero no por eso quedó sofocado el germen que fructificó en los modernos Códigos, los cuales, todos á una, reconocen tan excelente principio. Ya se tienda la vista sobre el Código francés, ó sobre el italiano, ó sobre el de Guatemala, ó sobre cualesquiera de los que legislan sobre la adopción, en ellos se encontrará dicho precepto.

¿Y cuáles serán estos derechos? 1.° El de recibir alimentos si el adoptante no pudiese suministrárselos. Ya hemos dicho que el derecho á los alimentos no se borra cuando se extingue la patria potestad, tiene su razón de ser en la necesidad y en los lazos de la sangre. 2.° El de usar el apellido de la familia natural. 3.° El de recibir donaciones por actos *intervivos*, quedando obligado á imputarlas en la legítima. 4.° El de suceder por testamento. 5.° El de poder ser mejorado. 6.° El de suceder *ab intestato*. 7.° El de pedir complemento de la legítima si el testador le hubiere dejado menos porción de la que necesariamente le corresponda. 8.° El de que le sean reservados los bienes del consorte difunto si el superviviente pasase á segundas nupcias. 9.° El de acrecer la porción del heredero en los casos marcados por el Código. 10. El de recibir la herencia á beneficio de inventario ó haciendo uso del de deliberar. 11. El de desempeñar la tutela en los casos en que fuere llamado por la ley á este cargo, y el de formar parte del Consejo con respecto á los parientes de su familia natural.

Resumiendo: todos cuantos derechos le confiera la posición que en su familia natural haya venido ocupando, y la variedad de atribuciones y facultades que la memoria no puede retener y que sería preciso reproducir el Código entero para expresarlos. Sin embargo, creemos haber expuesto los más principales.

Siguiendo al Código literalmente, hemos procurado guardar cierto plan definiendo la adopción, examinando quiénes pueden adoptar, quiénes son adoptados, qué personas están incapacitadas para adoptar, á cuáles la ley se lo prohibe y qué derechos y deberes nacen de la adopción. Réstanos solamente enumerar un

derecho y una restricción, sin detenernos en su examen, que ha sido ya objeto de comentarios precedentes.

El derecho es el que establece el art. 154 en su párrafo 2.°, que dice así: «Los hijos naturales reconocidos y los adoptivos meno»res de edad están bajo la potestad del padre ó la madre que los »reconoce ó adopta, y tienen la misma obligación de que habla »el párrafo anterior.» Sin embargo, esta potestad no es plena como la del padre natural, porque los derechos son menores, y en prueba de ello, basta recordar el art. 166, que dispone que los que adoptasen no adquieren el usufructo de los bienes de los hijos adoptivos ni la administración si no prestan fianza bastante á satisfacción del Juez del domicilio del menor ó á satisfacción de las personas que concurran á la adopción.

La que hemos denominado restricción, redúcese á los impedimentos establecidos en el art. 84, números 5.° y 6.°, y por cuya virtud no pueden contraer matrimonio entre sí el padre ó madre del adoptante y el adoptado, éste y el cónyuge viudo de aquéllos, y aquéllos y el cónyuge viudo de éstos. Tampoco pueden contraer matrimonio entre sí los descendientes legítimos del adoptante con el adoptado mientras subsista la adopción.

Fúndase este impedimento pura y simplemente en el principio, tantas veces repetido, de que la adopción es una imagen de la naturaleza. Por esto los romanos trataron ampliamente de él en las leyes 14, 17 y 55 del tít. II, libro veintitrés del Digesto, que fueron recogidas por la 7.ª del tít. VI, Part. 4.ª, pasando después en nuestros días al art. 6.° de la ley del Matrimonio civil, de donde á la letra las ha copiado el Código.

Extinguida la doctrina, y puesto que los artículos restantes se refieren á la forma y solemnidades de la adopción, vamos, para terminar el presente comentario, á fijar la regla de transición entre el antiguo y el novísimo derecho positivo.

Las disposiciones transitorias que van al final de la edición oficial del Código civil allanan las dificultades que pudieran presentarse. En primer lugar, se sienta en las expresadas disposiciones el principio general de que las variaciones introducidas en el Código que perjudiquen derechos adquiridos, según la legislación civil anterior, no tendrán efecto retroactivo, principio éste de donde dimanan las reglas subsiguientes, y muy especialmente las primera y segunda que se refieren á la subsistencia de la legisla-

ción anterior al Código para los derechos nacidos de hechos realizados bajo su régimen, con excepción de aquellos derechos que apareciesen declarados por vez primera, y á la validez de los efectos de los actos ó contratos celebrados al amparo de las leyes civiles ya derogadas.

Así, pues, si la adopción se hubiese realizado conforme á los principios de derecho mantenidos en las leyes de Partida, seguirá rigiéndose por estas mismas leyes, y subsistirá, por tanto, el derecho á la sucesión *ab-intestato* del adoptante, en defecto de descendientes y ascendientes de éste. Seguirá válida la adopción llamada plena, ó sea la verificada por un ascendiente.

Si se tratase de adopción menos plena, ó sea la realizada por un extraño, según hemos visto por la ley 9.ª del tít. XVI de la Partida 4.ª, semejante forma de adopción no lleva consigo la potestad de aquél que prohija, y aunque el art. 154 establece que el adoptante tiene en todo caso la potestad sobre el adoptado, no la ganará á pesar de la declaración del Código, porque redundaría en perjuicio del derecho del padre natural y contrariaría el precepto de la disposición transitoria primera, que dice: «Si el derecho apareciere declarado por primera vez en el Código, tendrá efecto desde luego, aunque el hecho que lo origine se verificara bajo la legislación anterior, *siempre que no perjudique á otro derecho adquirido de igual origen.*»

Ahora bien: si hubiesen rendido sus cuerpos á la tierra aquellos que gozaban de la patria potestad, la situación varía, y es nuestro parecer que, puesto que no puede seguirse perjuicio á ningún derecho adquirido, el adoptante gana la potestad sobre su hijo adoptivo menor.

Estas soluciones de derecho transitorio, digámoslo así, que tan de cerca se relacionan con la cuestión batallona de la irretroactividad de las leyes, se ajustan exactamente á la doctrina que hemos sustentado en el comentario del art. 154, al estudiar la patria potestad de los hijos naturales, en el tránsito de la antigua á la novísima legislación.

El competente civilista Sr. Falcón, en un estudio inserto en la *Revista de Tribunales* (1) impugna nuestra teoría concerniente

(1) Hacemos esta afirmación, tanto porque las iniciales M. F. que aparecen al pie del estudio, corresponden con las del aludido es-

á la retroactividad de la ley, en punto á la potestad paterna sobre los hijos naturales, y á la no retroacción respecto de los bienes de dichos hijos, y definiendo dogmáticamente, proclama que debe desecharse por arbitraria y destituída de todo fundamento.

El argumento Aquiles consiste en afirmar que los preceptos de la ley son absolutos y no admiten tales distingos, porque el hijo no puede estar á la vez en poder de su padre y en poder de su tutor; ser huérfano en lo relativo á los bienes, é hijo de familia en lo referente á la persona. El fundamento legal sobre el cual apoya su disentimiento el Sr. Falcón, es la regla transitoria 1.ª, por cuanto, si bien es cierto que el derecho de patria potestad de los hijos naturales aparece declarado por primera vez en el Código, no lo es menos que, de concederle virtud retroactiva, perjudicaría al hijo reconocido, porque le sujetaría á un poder que antes no tenía, mermaría su libertad y le obligaría á dar participación en sus bienes á los padres.

Mucha autoridad reconocemos en el Sr Falcón, y por lo mismo, nos ha producido extrañeza los términos un tanto agrios que emplea al calificar nuestras opiniones. Ciertamente, si no se tratara de tan ilustrado Catedrático, prescindiríamos de toda réplica, pero ya que la ocasión se nos ofrece propicia por el favor público que nos obliga á dar á la estampa la tercera edición, no queremos en modo alguno pasar por descorteses, y sin acritudes de ningún género, sino con la templanza y el respeto con que en toda discusión deben mirarse las doctrinas ajenas, vamos á contestar al Sr. Falcón.

Es aventurado afirmar que la ley no debe tener nunca efecto retroactivo. Muchos autores defienden la retroactividad en la esfera personal y en la económica dentro del Derecho civil, por razones de interés general, y desde luego, casi todos la admiten respecto de las leyes políticas y penales. No es la irretroactividad un principio absoluto, una máxima de derecho natural infranqueable. Si así fuera, el legislador no podría en caso alguno olvidarla, y en muchos afirma la retroactividad. Pruébalo cumplidamente el art. 3.º del Código español.

---

critor, cuanto porque dicho estudio forma parte de la serie que viene publicando en la *Revista de los Tribunales* sobre puntos concretos del Código civil.

Los efectos de la ley pueden y deben retrotraerse siempre que favorezcan al interés general y no perjudiquen un derecho adquirido, ó en otros términos: deben retrotraerse en lo favorable y no retrotraerse en lo adverso, ó sea cuando causen un perjuicio real y cierto. Por esto se da efecto retroactivo á las leyes penales en cuanto favorecen al reo, como dice el art. 23 del Código penal; por esto establece la disposición transitoria general del Código civil, que las variaciones introducidas que perjudiquen derechos adquiridos, según la legislación civil anterior, no tendrán efecto retroactivo.

Apliquemos estos principios al caso examinado. La retroactividad de la disposición del art. 154 del Código, respecto al hijo natural, esto es, la concesión de la patria potestad al padre que hubiere reconocido un hijo natural con anterioridad á la publicación del Código civil, ¿qué derechos adquiridos perjudica? ¿Son por ventura los del hijo? Así lo sostiene el Sr. Falcón, diciendo que «es evidente que los derechos adquiridos por el hijo son inmutables, y por tanto, su independencia de todo poder paterno, su libertad, su dirección por un tutor, el usufructo de sus bienes, están asegurados á ese hijo, aunque el Código haya dispuesto otra cosa para lo futuro.»

Ahora bien; preguntamos ¿cuáles son esos derechos adquiridos? Podrá tenerlos sobre sus bienes, ¿pero qué derecho goza respecto de su persona? ¿Cómo hablar de su libertad, tratándose de un menor? El estado civil del que no ha cumplido 23 años es el de menor de edad, el cual tiene igual condición legal esté sometido á tutela ó á patria potestad. La menor edad es un concepto genérico que comprende lo mismo al pupilo que al hijo; la capacidad jurídica de uno y otro es idéntica, ambos tienen igualmente restringida su personalidad. ¿Cuáles son, pues, los derechos adquiridos del pupilo en esta esfera? ¿Qué perjuicios sufre con estar sometido al poder del padre, en vez del de un tutor? ¿Dónde está su libertad jurídica dentro de la tutela, si no puede contratar? ¿De qué sirve al menor disfrutar de la independencia del poder paterno si está sometido al del tutor? Es inútil, por tanto, hablar de derechos adquiridos por el menor refiriéndose á su personalidad; sólo cabe hacerlo respecto de los bienes, por ser únicamente donde aquéllos pueden recaer. A esta razón obedece la diferencia sentada por nosotros entre el derecho de

la personalidad y el derecho de la persona para con las cosas, cuya diferencia emana de la más pura teoría jurídica, encuentra acogida en la primera de las disposiciones transitorias y tiene su más acabada confirmación en la quinta de las susodichas disposiciones adicionales.

Los derechos adquiridos, ¿son los de la persona bajo cuyo poder estuviere el menor? Dicha persona tiene que ser, el padre ó madre que lo haya reconocido, ó un extraño. En este segundo caso es cuando únicamente parece algún tanto propio usar la frase «derecho adquirido;» pero aun así es muy discutible, puesto que el cargo de tutor, como quiera que se establece en pro del menor, no á favor del que lo desempeña, constituye una obligación de este último.

Hay más: la cuestión de la retroactividad ó irretroactividad de un precepto legal, lo que envuelve en el fondo es una colisión de derechos, toda vez que se trata de determinar cuál ha de prevalecer, si el reconocido por la nueva legislación ó el establecido por la derogada. De aquí que para declarar la preferencia haya que atender á la naturaleza de cada derecho, como lo indica claramente el párrafo segundo de la disposición transitoria primera al hablar de la *igualdad* de origen de los derechos. Sentado esto, la consecuencia es lógica y cae de su peso, es preferente el del padre, porque reconoce un origen distinto del que ostenta el del tutor, y es más excelso y más elevado que el de éste, por lo mismo que se cimenta sobre la paternidad.

Si es el padre ó la madre quien tiene al hijo en su poder, entonces es absurdo sospechar siquiera la posibilidad del perjuicio de los derechos.

El padre ó la madre no sufren quebranto alguno con la adquisición de la patria potestad; por el contrario, supone para ellos un conjunto de derechos de que antes carecían.

El Sr. Falcón cita en apoyo de su criterio la doctrina contenida en la sentencia de 19 de Junio de 1875, denegatoria de la patria potestad á las madres viudas con anterioridad á la ley de Matrimonio civil.

Esta sentencia, en efecto, habla de derechos adquiridos por los hijos; mas, con el respeto debido al Tribunal Supremo de la Nación, ni es dable afirmar en absoluto la existencia de tales derechos adquiridos en la esfera de la personalidad, ni la resolución

es aplicable al caso del hijo natural. ¿Qué quiere decir el Código con la repetida frase de *derecho adquirido*? ¿Se expresa con ella, que la persona á que se refieren goza de uno ó más derechos, que no puede perder en ningún caso, por virtud de otro derecho opuesto á él? Conforme á esto, si se admite que el hijo natural tiene derechos adquiridos en la esfera personal, si goza de un estado civil suyo, si tiene una independencia y una libertad inmutables, como dice el Sr. Falcón, si esto es cierto, tales derechos no pueden serle arrebatados en circunstancia alguna, porque constituyen un estado civil propio. ¿Sucede así? ¿Es esto cierto? Contestamos negativamente. ¿Quién se atreve á dudar que si el hijo es reconocido con posterioridad al Código civil cae bajo la patria potestad del padre ó madre que le reconozca? Y en este caso, dónde están esos derechos adquiridos y ese estado civil del hijo? Si efectivamente existiesen éstos, ¿por qué ha de perderlos?

La cuestión se resuelve lisa y llanamente por el párrafo segundo de la disposición transitoria, declarativo de que si un derecho apareciere establecido por vez primera en el Código, tendrá efecto desde luego, aunque el hecho que lo origine se verificara bajo el régimen de la legislación anterior, siempre que no perjudique á otro derecho adquirido de igual origen.

La patria potestad á favor de los padres naturales que reconozcan á sus hijos, es un derecho declarado por vez primera en nuestra legislación, y, por tanto, aplicable á los que han verificado el reconocimiento (hecho origen del derecho) antes de la publicación del Código. La disposición transitoria que examinamos lo preceptúa categóricamente. Y no existe ni puede existir perjuicio de derecho adquirido porque no hay adquisición de derechos.

Existía derecho adquirido á favor de la madre viuda casada en segundas nupcias con anterioridad al Código civil, porque gozaba de la patria potestad, y de aplicarla la disposición del art. 168, se le hubiera privado de aquella potestad. Esto dijimos nosotros y esto ha sancionado el Tribunal Supremo en sentencia de 20 de Diciembre de 1892; no hay derecho adquirido en el caso del hijo natural porque, repetimos, de tenerlo, no lo perdería por el reconocimiento del padre ó la madre después de la publicación del Código.

Un último argumento para terminar.

Dice el Sr. Falcón que nuestra teoría es peregrina porque el

hijo no puede estar á la vez en poder de su padre y en poder de su tutor, ser huérfano en lo relativo á los bienes é hijo de familia en lo referente á la persona. Para sustentar esta proposición como arma lógica de combate es menester: primero, desfigurar nuestra tesis en pro de la sustentada de contrario; segundo, elevarse del terreno positivo á tanta altura que, por efecto natural de esta elevación, no pueda percibirse el Código civil, sino del tamaño que el buen Sancho veía nuestro planeta desde la encumbrada región del fuego. Nosotros no hemos, ni por un momento, supuesto que el poder rector y tuitivo haya de distribuirse entre el padre y el tutor, sometiendo al hijo natural simultáneamente á la potestad del primero y á la facultad de dirección del segundo. Lo que hemos afirmado es que el padre natural ganará la potestad, y por lo que respecta á los bienes, prevalecerán los derechos adquiridos del hijo. ¿Supone esto alguna anomalía jurídica? ¿Implica arbitrariedad? ¿Constituye alguna violencia de los principios de derecho civil vigentes? El Sr. Falcón sin duda opina afirmativamente. Nuestra justificación la basamos en el Código civil.

En el estado actual de nuestro derecho positivo, concerniente á la potestad de los hijos naturales, encontramos esa dualidad de atribuciones acerca de la persona y de los bienes que tanto ha escandalizado al Sr. Falcón. Si tal dualismo fuera un contrasentido, seguramente no lo habría sancionado el Código.

El art. 154 reconoce á los padres naturales ó adoptivos el derecho de potestad sobre los hijos reconocidos ó adoptados.

El art. 166 dispone que los padres mencionados en el art. 154 no adquieren el usufructo de los bienes de los hijos reconocidos ó adoptivos y tampoco la administración á no ser que afiancen suficientemente las resultas de esta última.

Supongamos que *A*, v. g., reconoce á su hijo natural *B* menor de edad y poseedor de abundantes bienes de fortuna. *A* disfrutará desde el instante del reconocimiento de la patria potestad sobre su hijo *B*. Continuando el ejemplo, admitamos la hipótesis de que *A* carezca de bienes y no le sea posible afianzar. ¿Tendrá la administración de la fortuna de su hijo? En modo alguno; se lo veda el art. 166. ¿La tendrá su hijo menor *B*? Tampoco porque se alzará á seguida el obstáculo de su falta de capacidad de derecho.

¿A quién habrá de conferírsele esta administración? A nue

tro entender, se impone encomendársela á un tutor por ser la única solución jurídica. Pues he aquí ya patente y con todo su relieve un caso típico legal, en el que el padre ejercerá la autoridad paterna sin perjuicio del derecho del hijo á que un tutor le administre los bienes.

Vea, por tanto, el Sr. Falcón cómo no es lícito dogmatizar en absoluto, elevándose por la región de las ideas, verdadera región del fuego, desde la cual se divisa el Código como un pequeñísimo grano de mostaza.

El hijo puede estar bajo la potestad paterna, es decir, *ser hijo de familia en lo referente á la persona* y permanecer en cuanto á las cosas sometido á la dependencia de un tutor, ó lo que es lo mismo, ser *huérfano en lo relativo á los bienes*. Y si el Sr Falcón necesitase, que no lo necesita, algún recordatorio, reconstruya mentalmente el caso del menor huérfano de madre, cuyo padre sea declarado pródigo en sentencia ejecutoria, lea los artículos 224 y 225 del Código civil y observará que el pródigo conserva la autoridad paterna y que el tutor se limita á administrar los bienes del hijo.

Como quiera que ya dejamos explicado el verdadero alcance y significación que á nuestro juicio tiene la regla transitoria primera, y el argumento Aquiles del Sr. Falcón queda debidamente replicado, hacemos aquí punto, rogando á nuestros lectores nos dispensen esta digresión, y vamos á terminar el comentario pendiente, haciendo finalmente constar que, á tenor de la disposición transitoria que lleva el número once, *los expedientes de adopción* pendientes ante el Gobierno ó los Tribunales seguirán su curso con arreglo á la legislación anterior, á menos que los padres ó solicitantes desistan de seguir el antiguo procedimiento y prefieran seguir el establecido en el Código, cuyo procedimiento pasamos á estudiar en el artículo siguiente.

ART. 178. La adopción se verificará con autorización judicial, debiendo constar necesariamente el consentimiento del adoptado, si es mayor de edad; si es menor, el de las personas que debieran darlo para su

casamiento; y si está incapacitado, el de su tutor. Se oirá sobre el asunto al Ministerio fiscal; y el Juez, previas las diligencias que estime necesarias, aprobará la adopción, si está ajustada á la ley y la cree conveniente al adoptado.

Concordancias.—Análogo á los artículos 138 y 139 del proyecto de Código de 1851 é igual al 144 del de 1882.

PRECEDENTES LEGALES.—*Fuero Real, libro cuarto, título XXII, ley* 6.ª—Quando alguno quisiere recebir a alguno por fijo, recibalo delante del Rey o delante el Alcalde concejeramente en tal manera: llamelo e diga: Señor, si fuere ante el Rey, e si fuere ante el Alcalde diga: Alcalde, este rescibo por fijo de aqui adelante, e ande por mi fijo de guisa que sea manifiesto, e se no pueda negar quando fuere menester: y esto entendemos de los fijos que no son naturales e son recebidos por fijos.

Part. 4.ª, *tit. VII, ley* 7.ª—... E tal porfijamiento como este se faze por pregunta del Rey, o del Principe en esta manera diciendo aquel que porfija a otro: ¿Placete de rescibir a este por tu fijo legitimo? e deue estonce responder quel plaze: otro si deue preguntar aquel que porfija: ¿Placete de ser su fijo deste que te porfija? deue responder que le plaze. E estonce deue el Rey dezir: Yo lo otorgo: e deuel ende dar su carta. La segunda es la que se faze por otorgamiento de qualquier Juez. E esta es llamada en latin *adoptio* que quier tanto dezir en romance como porfijamiento de ome que ha padre carnal e es en su poder del padre: e por ende no cae en poder de aquel que porfija...

Part. 4.ª, *tit. XVI, ley* 4.ª—... Empero el Rey ante que otorgue poder de porfijará tal moço como este deue catar todas estas cosas: que ome es aquel que le quiere porfijar, si es rico, ó si es pobre; o si es su pariente; o non; e si a fijos que hereden lo suyo, o si ha tantos dias que los pueda aun auer, e de que vida es; e de que fama, e otro si deue catar, que riqueza ha el niño. E todas estas cosas catadas si entendiere que aquel que lo quiere porfijar se mueue con buena intención para fazerlo, e que sea á pro del moço deuegelo otorgar que lo pueda fazer....

Part. 3.ª, *tit. XVIII, ley* 91.—Porfijan los omes a las veces

fijos agenos que estan en poder de sus padres: e la carta de tal porfijamiento deue ser fecha en esta guisa. Sepan quantos esta carta vieren, como Ruy Perez, con otorgamiento de Gonçalo Ruyz, Juez de Toledo, porfijo a Fernando, fijo de Garci Perez, con plazer deste Garci Perez su padre que estaua delante quando este porfijamiento fue fecho, e tomo este Garci Perez a su fijo Fernando por la mano, e metiolo en mano de Ruy Perez, e otro si Ruy Perez recibiolo por su fijo. E el Juez sobredicho otorgo este porfijamiento, catando todas las cosas que deuen ser catadas, assi como dizen las leyes deste nuestro libro que fablan en esta razon: e mando á mi Fulano Escriuano publico, que fiziesse ende carta: e el Escriuano deue dezir, en el lugar do escriue su nombre en tal carta como esta, que la fizo por mandado del Juez, e con consentimiento de las partes.

COMENTARIO.—El artículo que vamos á comentar brevemente contiene las líneas generales del procedimiento que habrá de seguirse en lo sucesivo para verificar la adopción, si bien inserta, mezclado con reglas que á primera vista parecen revestir un carácter más propio de las leyes adjetivas, un principio de carácter mixto; es, á saber, el consentimiento; porque si en lo que tiene de formal, es decir, en su expresión, encaja en el procedimiento, en lo que significa y trasciende ocupa un lugar importantísimo entre los elementos esenciales de la adopción, puesto que le comunica los tonos propios de un contrato del que nacen derechos y obligaciones; y así como en la contratación es de esencia el consentimiento, de la propia suerte también lo es en la adopción.

No podrá menos de extrañar, sobre todo si la atención no se detiene á escudriñar el sentido del artículo que estudiamos, y aun el del subsiguiente, que á imitación de los Códigos extranjeros, y siguiendo el precedente de nuestras leyes patrias, se inserten en un Código sustantivo preceptos y reglas que son de procedimiento, como expresamente lo reconoce el Código en las disposiciones transitorias insertas al final, donde, al ocuparse de los expedientes de adopción pendientes, otorga facultad á los solicitantes de seguir el antiguo procedimiento, *ó el establecido en el Código;* pero basta un sencillo recuerdo de lo que ya dejamos consignado en el estudio que precede al capítulo que estamos

comentando, para que estas insinuaciones, que se embozan con el manto de la censura, se descubran y truequen en alabanza.

Allí decíamos: «En los artículos que consagra el Código civil al desarrollo de la adopción hallamos preceptos de esencia y otros formales; pero de tal importancia, que pudiera tornarse la frase y afirmar que supeditan el fondo á la forma que en ellos se contiene.»

Y con efecto, no contraviene á la contextura de la ley sustantiva, incluir disposiciones que si son de procedimiento, de tal modo se imponen y compenetran con las declarativas de derecho, que si se las mira y estudia detenidamente, basta su imprescindible necesidad para conceptuarlas sustantivadas, si no fuera suficiente para ello la inserción en el Código civil.

La forma que ha de revestir la adopción constituye una condición intrínseca para la validez de aquélla y para la producción de sus efectos.

Las formas del testamento, en la hipótesis contraria, también podrían ser estudiadas como de derecho adjetivo, y sin embargo, no habrá nadie que les niegue su peculiar carácter sustantivo.

Lo mismo decimos de las de la adopción, las cuales tienden á dar con las solemnidades externas garantías al contrato, y por ende á la sociedad, que de esta suerte ve consagrados los derechos por la ley. De ahí que el Código civil exija formalidades inherentes de tal modo al contrato principal, cuanto que sin ellas es de todo punto imposible su nacimiento.

Cuestión es esta que pudiera denominarse de la sustantividad de los elementos formales, interesantísima y aun digna de ser estudiada con la detención que merece, si los límites determinados de la obra no nos opusiesen su veto irresistible.

Lo que propiamente constituye el aspecto adjetivo de la institución que estudiamos, es el procedimiento marcado por la ley de Enjuiciamiento civil, para la obtención del auto aprobando la adopción, cuyo auto es precisamente el que ha de servir de base á la escritura.

Después de todo, entre los principios del art. 178 y los artículos 1.825 al 1.832 de la ley de Enjuiciamiento civil, hay, no obstante las reformas introducidas por el Código, la necesaria congruencia, puesto que los primeros se limitan á establecer la forma, los segundos al modo de ejecutarla.

Vista, pues, la importancia extraordinaria de los elementos formales de la adopción, vamos, inspirándonos en un sentido práctico, á conciliar la forma con la ejecución, guiándonos por el texto literal del artículo que es objeto de nuestro comentario.

Conocida es la división de dos ramas del prohijamiento, como genéricamente lo denominaron las Partidas, á saber: adopción y arrogación. Cada una de estas divisiones tenía su propio procedimiento, á tenor de la edad del adoptado ó de los efectos civiles de la arrogación, distintos de los de la adopción.

En consonancia con la forma prestablecida por el Derecho civil patrio, ya derogado, la ley de enjuiciar correspondiente, dictada en el año de 1881, fijó en el art 1.832 el procedimiento necesario para aquellos casos en que el Código del Rey Sabio exigía el otorgamiento del Monarca, consagrando los restantes anteriores, ó sea desde el 1.825 al 1.831, á los casos en que fuese necesaria la licencia judicial.

El Código civil, con la idea digna de alabanza de fortificar los elementos formales de la adopción, exige como requisito *si ne qua non* el consentimiento del adoptado si es mayor, ó si es menor el de las personas que deban prestarlo para su casamiento, da entrada al Ministerio fiscal y amplía la acción del poder público, requiriendo la autorización judicial.

Consiguientemente, como autorización equivale á licencia, es llano que en orden á la ejecución de la forma rigen los artículos 1.825 y siguientes, ya citados, de la ley de Enjuiciamiento civil en cuanto no se opongan á los principios generales sancionados por el Código.

Todas las legislaciones, tanto antiguas como modernas, han mirado siempre con singular predilección cuanto se refiere á las solemnidades externas de este lazo meramente civil, llamado adopción, que crea, como decía Berlier, una cuasi paternidad.

Desde las tres ventas imaginarias y dos manumisiones de la legislación romana, procedimiento derogado ya por la ley 11 del tít. XLVIII, libro octavo del Código Justinianeo, que estableció la adopción por ante el Magistrado, levantando acta y con consentimiento de adoptante y adoptado, hasta nuestras Partidas, que requerían, como por los precedentes que anteceden al comentario puede verse, ya la aprobación de cualquier Juez,

bien el otorgamiento Real, y en nuestros días los Códigos civiles, no hay un solo cuerpo legal que reconozca la adopción que discrepe en lo relativo á las solemnidades que deben acompañarla.

El proyecto de 1851 dijo que ésta debería verificarse ante el Alcalde, sin duda porque, pretendiendo huir del influjo romano, y como reacción á su predominio en las Universidades españolas en los comienzos del presente siglo, buscaron los legisladores de la época el precedente más genuínamente patrio en materia de adopción, y se hallaron con la ley 6.ª del tít. XXII del libro cuarto del Fuero Real, allí donde se lee: «Quando alguno quisiere recebir á alguno por fijo, recibalo delante del Rey ó delante el Alcalde concejeramente...»

Si los efectos de la adopción fueran simplemente los de un contrato cualquiera, bastaría la intervención de un funcionario investido de la fe pública para darle las mayores garantías; pero se trata de un contrato rodeado de formas solemnes que trasciende al estado civil de las personas, y consiguientemente no basta el otorgamiento en pública escritura: es preciso que al acto solemne de la redacción del instrumento anteceda la autorización judicial.

Esta intervención del Poder, que asume la más alta representación de los derechos de todos los ciudadanos, que es la salvaguardia de los mismos en la posesión tranquila de su estado jurídico, constituye para el adoptado la seguridad de que el Estado le protege y vela sus derechos por conducto de aquellos funcionarios del orden judicial llamados á no consentir la violación de las leyes del país y á reivindicar para el reino de la justicia la integridad de todos sus fueros.

Por estas razones parécenos muy justo el principio consignado de que la adopción habrá de verificarse con la autorización judicial

Respecto al consentimiento del adoptado si es mayor de edad; si es menor el de las personas que debieran darlo para su casamiento, y si es incapacitado el de su tutor, parécenos asimismo muy puesto en razón, sin que por la claridad del precepto haya necesidad de extenderse en consideraciones inútiles.

Al cabo se trata de un contrato del que han de surgir obligaciones, y suponiendo todo contrato la concurrencia de dos volun-

tades en orden á un fin (consentimiento), la adopción no ha de ser menos que la más insignificante convención.

Cuando la personalidad jurídica no ha llegado á su plenitud, ó habiendo llegado ha sufrido mengua por causa de incapacidad, es evidente que la persona que suple esa restricción debe prestar el consentimiento.

No holgaría que el Código, que pregona en todas ocasiones el respeto que se debe á los ascendientes, hubiese hecho de nuevo pública ostentación de este sentimiento imponiendo el deber á los hijos mayores de pedir el consejo á sus padres cuando fuesen á entrar en adopción. Si bien es cierto que la potestad quedó extingida desde el momento que pasó el hijo los confines de la menor edad, no se puede desconocer que al constituirse de nuevo bajo la dependencia relativa del adoptante, se menoscaba en algo el respeto debido á los padres si no se cuenta antes con su consejo.

Algunos Códigos así lo han reconocido, y entre ellos puede citarse el francés.

El hijo emancipado por concesión del padre ó madre que ejerza la patria potestad, ¿necesitará del consentimiento de éstos para entrar en adopción? Comprendemos que el caso se presentará difícilmente, pero como no tenemos la seguridad de que deje de presentarse, vamos á resolverlo como nos dicta nuestro criterio.

El consentimiento que el Código exige tiene por fundamento la incapacidad del menor para regir su persona y obligarse. Sabemos que por virtud de la emancipación, la patria potestad se extingue y el hijo queda facultado para regir su persona y bienes con las cortapisas del art. 317. Ahora bien: como la adopción es un contrato que atañe á la situación de la persona, y aunque produce obligaciones recíprocas, no son éstas de las que originan los actos y contratos mencionados en el referido art. 317, entendemos que no necesitará del consentimiento de sus padres ó de las personas que en su caso hubieren de prestárselo para contraer matrimonio.

Añade el artículo que comentamos que se oirá al Ministerio fiscal sobre el asunto, y el Juez, previas las diligencias que estime necesarias, aprobará la adopción si está ajustada á la ley y la cree conveniente al adoptado.

No somos partidarios de la intervención fiscal en estos expe-

dientes de jurisdicción voluntaria que tienen su procedimiento marcado, y en los que, dado el carácter propiamente notarial que revisten, se sustituye, para mayor solemnidad, la persona del Notario con la del Juez.

Porque en definitiva, ¿á qué se reduce la intervención del Ministerio público? A dar su dictamen. ¿Dónde se dejan entonces las condiciones de ciencia y pericia del Juez, por cuyo realce tanto deben mirar las leyes?

¿Se le ha de escuchar sobre el fondo del asunto ó sobre la forma y solemnidades del mismo? ¿Por ventura no tiene el Juez los autos ante su vista?

Respecto de la forma, huelga, porque habiendo un Código de procedimientos, la misión del juzgador es aplicarle, dando garantías á la sociedad de que se plega y ajusta á la forma ya determinada y no á los arbitrios de su voluntad.

Respecto del fondo, más todavía, porque ahí está el Código diciendo que el Juez, previas las diligencias que estime necesarias, aprobará la adopción *si está ajustada á la ley* y la cree conveniente al adoptado.

De suerte que la intervención fiscal es puramente un trámite del expediente de todo punto ineficaz, porque la fuerza que pueda aportar por la mayor solemnidad que presta, la pierde por su inutilidad notoria, sobre todo cuando discrepen Juez y Fiscal.

Es nuestra opinión que el Código sienta el precepto general que se regula por la ley de Enjuiciamiento, y por lo tanto, que el dictamen del Fiscal habrá de reducirse á lo expresado en el artículo 1.829.

Respecto de las diligencias que habrán de practicarse para que el Juzgado se penetre de la conveniencia de la adopción, como el Código las deja al criterio judicial, evidente es que cada caso nuevo que se presente exigirá diligencias distintas, porque en la variedad infinita de los actos humanos, cada uno tiene su fisonomía particular; pero desde luego pueden señalarse como indispensables las relativas á la persona del adoptado, ya en lo que atañe á sus cualidades morales, conducta que observa, si tiene hijos naturales reconocidos, si posee bienes de fortuna, si éstos se hallan libres de todo gravamen ó cuáles les afectan; en una palabra, las expresadas en la ley 4.ª del tít. XVI de la 4 Partida:

«Empero el Rey ante que otorgue poder a porfijar a tal moço como este, deue catar todas estas cosas; que ome es aquel que le quiere porfijar; si es rico o si es pobre o si es su pariente o non, e si a fijos que hereden lo suyo, o si ha tantos dias que los puede aun auer, e de que vida es, e de que fama, e otrosi deue catar que riqueza ha el niño, etc.»

Como se ve, la ley concede facultades amplísimas, poderes extraordinarios al Juez, erigiéndole en protector del adoptado para que, por el influjo de su ciencia y pericia, no prosperen las maquinaciones de los que, moviéndose por intereses egoístas, aparenten fortunas de que carezcan ó finjan engañadoras beatitudes.

Así que el Juez adquiera la certeza de que el adoptado gana en posición social entrando en adopción, y asimismo se afirme en el fiel cumplimiento de los requisitos exigidos, concederá la autorización, que á esto se reduce la aprobación de que habla el Código civil.

Recapitulando, pues: el que desee adoptar deberá seguir el siguiente procedimiento:

Puesto que á tenor del art. 4.°, núm. 7.° de la ley de Enjuiciamiento civil, es potestativo valerse de Abogado y Procurador, podrá comparecer por su propia personalidad el adoptante ante el Juez de su domicilio que es el competente, según expresa el número 17 del art. 63 de la propia ley de Enjuiciamiento, presentando escrito, cuyo formulario puede verse en los apéndices de este tomo. Con dicho escrito deberá acompañarse las partidas de nacimiento ó certificaciones de inscripción en el Registro civil de adoptante y adoptado y demás documentos que se consideren pertinentes, como las certificaciones correspondientes de defunción, si los padres del adoptado hubieren fallecido. Si el consentimiento lo hubiese prestado el consejo de familia, el acta en que conste el acuerdo tomado; si lo hubiesen de dar los padres ó abuelos, lo mismo que si el adoptado fuese mayor, comparecerán ante la presencia judicial y prestarán su consentimiento.

En el referido escrito deberá ofrecerse información testifical, pudiendo acompañarse desde luego para evitar dilaciones la lista de testigos, que habrán de ser tres por lo menos, y de cuyo conocimiento dé fe el actuario. Admitida por el Juez y practicada dicha información, podrá éste, para mejor proveer, ordenar cual-

quiera diligencia que concurra al esclarecimiento de los motivos de la adopción, conducta y fortuna del adoptante, etc., como ya dejamos indicado.

Cumplidos todos los requisitos expresados y aquellos que sugiera al juzgador su ciencia y pericia, se pasará el expediente al Fiscal por término de seis días, y previo su dictamen, que habrá de circunscribirse á si se han justificado en forma los requisitos legales para la adopción, y subsanado cualquier defecto, si le hubiere, el Juez, dentro de quinto día, dictará auto negando la autorización si considerase improcedente y desfavorable la adopción al adoptado, ó concediéndola, en cuyo caso se librará testimonio del auto de aprobación, que se entregará á los interesados para el otorgamiento de la escritura exigida por el artículo 179 del Código civil.

Vamos, para concluir el estudio de este artículo, á exponer una duda que se nos ocurre.

Hemos visto que el Juez competente para instruir el expediente de adopción es el del domicilio del adoptante, á tenor del artículo 63 de la ley de Enjuiciamiento civil, y entre los artículos del Código civil comentados que preceden, hemos de igual manera estudiado en el art. 166 que el adoptante no adquiere el usufructo de los bienes de su hijo adoptivo ni la administración si no afianza las resultas de esta última á satisfacción del *Juez del domicilio del menor* ó de las personas que deban concurrir á la adopción.

Debemos distinguir dos momentos; á saber: antes y después de entrar el menor en adopción. El domicilio de éste en el primer momento, ó sea antes de contraer la adopción, es el de sus padres, y en su defecto el de su guardador; mas después que aquélla se formaliza, el domicilio cambia. Explícase esta variación teniendo en cuenta que el adoptante gana la potestad del adoptado (art. 154 del Código) y que el domicilio de los hijos en potestad es el de sus padres, según el art. 64 de la ley de Enjuiciamiento civil, expresamente reconocido por el art. 40 del Código.

Mas ahora bien: como la administración de los bienes no la adquiere el adoptante ni puede aspirar á ella hasta tanto que haya verificado la adopción, porque es la que le confiere personalidad para administrar, mediante fianza, los bienes de su hijo adoptivo, resulta que las palabras *Juez del domicilio del menor*

empleadas por el art. 166, deben traducirse por estas otras: *Juez del domicilio del padre adoptivo.*

Si el expediente de administración de bienes del adoptado se incoase en Juzgado distinto del que entendió en el de adopción, como quiera que entre uno y otro expediente habría necesariamente la dependencia que existe entre lo principal y lo derivado, siendo en esta ocasión el expediente principal el incoado por el padre, toda vez que de su favorable resolución depende el éxito del segundo, constituiría este último un verdadero incidente del primero, porque entre ambos mediaría la dependencia y relación necesarias para calificarlo como tal. Y como el Juez del asunto principal es el competente, dentro del más puro principio de Derecho procesal, para conocer de las cuestiones derivadas ó incidentales, vendríase á parar en que el Juez del expediente de adopción, ó sea el del domicilio del adoptante, arrastraría á su jurisdicción al de administración de bienes del hijo adoptivo.

Otra cosa sería si el Código hubiese dicho *domicilio donde estuviesen sitos los bienes del menor.* Mas como dice *domicilio del menor*, y éste es el del padre adoptivo, tenemos que interpretar como lo hemos hecho, las vagas palabras que el Código emplea. (Apéndices números 6.º y 7.º: *De la adopción y de la arrogación. Escrito pidiendo la adopción.*)

ART. 179. Aprobada la adopción por el Juez definitivamente, se otorgará escritura, expresando en ella las condiciones con que se haya hecho, y se inscribirá en el Registro civil correspondiente.

Concordancias.—Análogo al art. 139 del proyecto de Código de 1851 é igual al 145 del de 1882.

PRECEDENTES LEGALES.—(*Véanse los precedentes del artículo anterior.*)

Ley del Registro civil.—Art. 60. Al margen de las partidas de nacimiento se anotarán sucintamente en uno de los libros ejemplares, que habrá de ser el que haya de archivarse en la misma

oficina del Registro, los actos siguientes concernientes á las personas á quienes aquéllos se refieren:

4.° Las adopciones.

COMENTARIO.—El artículo en su parte primera no puede ser más sencillo.

Aprobada la adopción por el Juez, se otorgará escritura ante Notario, expresando en ella las condiciones con que la adopción se haya hecho; así, v. gr., el derecho del adoptado á llevar el apellido del adoptante, la promesa de instituirle heredero á los efectos en su día de la sucesión abintestato, si antes no se cumpliese con la obligación, instituyéndole heredero en testamento, etcétera.

Dice luego el artículo que se *inscribirá* la escritura en el Registro civil correspondiente. ¿Se entenderá modificada la ley del Registro civil de 17 de Junio de 1870 en el particular concerniente á la inscripción referida?

Si recurrimos á los artículos 325 y 326 del Código civil, hallamos el precepto general de que los actos concernientes al estado civil de las personas se harán constar en el Registro destinado al efecto; y á continuación se dice que el Registro del estado civil comprenderá las inscripciones ó anotaciones de nacimientos, matrimonios, emancipaciones, reconocimientos y legitimaciones, defunciones, naturalizaciones y vecindad.

Guarda, pues, un absoluto silencio respecto á las adopciones, de cuyo silencio lamentable podría deducirse, si la deducción no fuera errónea, que tales actos solemnes no se inscriben ni se anotan, y aun podría también deducirse que no alteran el estado civil de las personas.

Sin embargo, harto sabido es, como expresamente lo reconoce la ley del Registro, que la adopción es un acto jurídico que modifica el estado civil del ciudadano.

Por los principios del Código, en el tít. XII del libro primero, consagrado al Registro del estado civil, nada encontramos de aplicación al caso que discutimos, quedando, por tanto, exclusivamente uno enfrente de otro, el precepto del presente artículo que ordena la *inscripción* en el Registro, y el art. 60 de la ley de 17 de Junio de 1870, que sólo exige la anotación al margen de la partida de nacimiento.

¿Se entenderá modificada esta última ley por el art. 179 del Código, puesto que habla de inscripción, ó habrá de comprenderse el susodicho artículo en el concepto amplio del 325 del Código, ó sea *hacerlo constar* meramente?

Nos parece muy rotunda la afirmación del art. 179; es nuestra opinión la de que dada la importancia transcendental otorgada por el Código civil, al elemento formal de la adopción, mucho más cuanto que de lo estipulado en la escritura dependen los efectos civiles de la misma, deberá formalizarse una inscripción, tal y como expresa el artículo que comentamos, sin perjuicio de que al margen de la partida de nacimiento del adoptado se anote la adopción verificada.

Si la escritura de adopción dejase de inscribirse, no surtirá efectos civiles de ninguna clase, sino á contar de su inscripción. El artículo del Código es categórico, porque manda que se inscriba, y aunque no determina los efectos que habrá de producir la falta de inscripción, no por eso puede desconocerse que serán los que dejamos expuestos.

Si el matrimonio canónico celebrado sin la concurrencia del Juez municipal ó su delegado, por culpa de los contrayentes, produce la suspensión de los efectos civiles hasta que la falta se subsane y el matrimonio se inscriba, ¿con cuánta más razón no la producirá la adopción cuya escritura no se haya inscrito?

La adopción crea una filiación ficticia, á semejanza de la filiación natural, y si ésta se inscribe, aquel nacimiento civil, como dice Proudhon, debe consignarse en el Registro del estado civil.

ART. 180. El menor ó el incapacitado que haya sido adoptado, podrá impugnar la adopción dentro de los cuatro años siguientes á la mayor edad ó á la fecha en que haya desaparecido la incapacidad.

Concordancias.—Igual al art. 146 del proyecto de Código de 1882.

PRECEDENTES LEGALES.—*Ninguno.*

COMENTARIO.—Sin precedente en nuestra legislación; sin concordancia con el proyecto de 1851; sin antecedente, en una palabra, que le justifique, y es más, sin semejanza con precepto análogo en los Códigos francés é italiano, que son entre los europeos que reconocen la adopción los que la desarrollan con más estrecho ajuste á sus principios, aparece en nuestro Código civil por vez primera este derecho concedido al adoptado para impugnar la adopción dentro de los cuatro años siguientes á la mayor edad ó á la fecha en que haya desaparecido la incapacidad que restringía su personalidad jurídica.

Por un lado parécenos un reconocimiento de la mayor edad del hijo ó de la capacidad recobrada del que la tenía restringida, una especie de complemento del consentimiento que prestaron sus padres ó guardadores, cuando la adopción tuvo lugar, una restitución completa de sus derechos á consentir ó no; pero por otro lado es también criterio nuestro que la deficiencia del artículo abre un portillo á la ingratitud, para que amparándose en la ley y con olvido de los beneficios dispensados, rompa el lazo que unía á adoptante y adoptado, sólo y exclusivamente por la voluntad de este último.

Porque, ¿cuáles serán justas causas para impugnar la adopción? No las menciona el texto del Código. Basta al parecer la voluntad del adoptado para romper la ligadura y desentenderse de sus deberes. Sin embargo, es odioso que aquel que ha sido recogido de la indigencia, que ha recibido los beneficios y cuidados del adoptante, que mediante el apoyo que éste le prestara ha conquistado un lugar distinguido en sociedad por la educación recibida, al trasponer las fronteras de la menor edad abandone á su padre adoptivo y recobre su independencia, cuando se aproxima la hora de mostrarse agradecido, devolviéndole las protecciones que más que nunca necesitará al llegar á la vejez.

Preferimos creer que, á pesar del mutismo del Código, éste no puede autorizar un capricho ó una crueldad, y como para deshacer un contrato, irrevocable por su naturaleza, se necesitaría un procedimiento que desde luego tendría carácter contencioso, es evidente que el Juez, apreciando lo alegado por las partes, dictará justa sentencia, supliendo de este modo el silencio del Código la ilustrada conciencia judicial.

TÍTULO VIII

De la ausencia.

A pesar de que, tanto la legislación romana como los Códigos patrios, al ocuparse de la ausencia como estado jurídico de la persona incierta, apenas si han hecho más que esbozar algunos principios reguladores de dicha especial situación, no por eso los tratadistas han echado en olvido materia de tal importancia, cuanto que, bien mirada, afecta á todas las instituciones, por lo mismo que la relación jurídica queda en suspenso desde el instante que el sujeto del derecho adquiere la cualidad de dudoso.

Estudiada en sus fundamentos y en sus efectos, nos daría materia para muchos capítulos sin traspasar la esfera del derecho civil.

Por ser tan vasta la institución de que nos ocupamos procuraremos exponer la generalidad de sus principios, pero siempre dentro del articulado que nos impone el método exegético adoptado en nuestra obra.

No cabe dudar que tanto en la época romana como durante los siglos medios ha debido presentarse en el terreno del derecho la cuestión de la ausencia. Buena prueba de ello nos ofrecen los comentaristas, expri-

miendo el sentido de las leyes romanas y patrias, escudriñando su significación y pretendiendo ver resueltas las dudas sugeridas á su cerebro con preceptos sin aplicación al caso imaginado.

Lo mismo hoy que ayer han debido sentir los hombres el prurito de buscar en la lejanía la aspiración no satisfecha en el suelo propio. Sin embargo, ni el Derecho romano, de por sí tan casuísta, ni nuestras Partidas trataron estas cuestiones en su propio y verdadero concepto, y á excepción de dos leyes que se citan en el hermoso estudio que sobre el artículo *ausente* contiene la Enciclopedia de Derecho, y que son la 8.ª del tít. I de la Part. 4.ª y la 14 del tít. XIV de la Part. 3.ª, la primera que disuelve los esponsales cuando alguno se va á otra tierra y *non le pueden fallar sin saber dó es*, y la segunda que presume la muerte del que anda en tierras extrañas, si pasados diez años fuere fama pública que había fallecido y le habían visto soterrar; fuera de estas dos leyes, decimos, las demás que de ausencia se ocupan lo hacen, no en el sentido de aquel de quien se ignora su paradero, sino en el de no menoscabarle sus derechos, porque la ausencia vino en pro de la República. Por esto dicen las leyes de Partidas: » Van en hueste los omes ó en mandaderia del Rey ó por procomunal de su Consejo », etcétera.

No se explican satisfactoriamente las causas que influyeron en los legisladores de la antigüedad y de los tiempos medios, determinándolos á exponer á la ligera una cuestión como la de la ausencia, tan transcendental en el orden de las relaciones individuales dentro del campo privativo del Derecho civil; porque Roma dominó el mundo antiguo y sus colonias militares se

extendieron por todas partes. La situación jurídica del ausente, debió presentarse muy á menudo en aquel derecho, y la presunción de muerte debió asimismo engendrar y consolidar por virtud de la sucesión las legítimas esperanzas de los herederos.

Sin embargo, por mucho que se afanen los comentaristas, hallarán, sí, leyes en el libro cincuenta, tít. XVI del Digesto, tales como la 199 y la 173, y la 5.ª del título III del libro tercero, *De Procuratoribus et defensoribus,* que definen y aclaran quiénes deben considerarse ausentes. Encontrarán también leyes, tales como las del tít. VI del libro cuarto del Digesto y del tít. LIV del libro segundo del Código Justinianeo, que se ocupan de la restitución, concedida á los ausentes, leyes las citadas que dieron pie á los glosadores para intrincadas clasificaciones de la ausencia, de las cuales aún resuena la de Accursio, corregida por nuestro Gregorio López.

Pero, fuera de estas leyes, lo que propiamente constituye un cuerpo de doctrina fué cosa desconocida en aquellos tiempos.

En nuestro país, durante los siglos de lucha, de igual manera, muchos debieron desaparecer, naciendo la ausencia propiamente dicha, y esto no obstante, todo se redujo á la ley citada 14 del tít. XIV de la Part. 3.ª y á la 12 del tít. II de la misma partida, relativa á que se nombre guardador que cuide y represente los bienes del ausente, si alguno lo pidiere porque quisiere dirigir demanda contra dichos bienes.

En las legislaciones patrimonio de los siglos ya pasados, está esparcido el germen; aquí y acullá, se descubren principios razonables, pero sin la debida coor-

dinación. En punto á la ausencia como institución jurídica, su organismo perfecto data de tiempos del Código civil francés, de donde sucesivamente han tomado, con más ó menos variantes, los Códigos que le han ido sucediendo.

* * *

Explican los autores la extensión dada en este siglo á los principios contenidos sobre ausencia por el mayor desarrollo de las relaciones mercantiles, por la suma facilidad de traslación, por el deseo que esto engendra de recorrer tierras extrañas, por el cosmopolitismo que domina desvaneciendo las fronteras naturales con los lazos de los tratados, porque las relaciones internacionales se han acrecentado.

Todo esto es muy cierto; pero no lo es menos que, como la civilización progresa en todos sentidos, la mayor universalidad de las relaciones está en razón directa de la facilidad en la comunicación de las noticias y en la transmisión del pensamiento, siendo causa de que la ausencia propiamente dicha, ó sea la del ignorado paradero de la persona, se haga cada vez más difícil, y aun diríamos imposible, si pusieran los Tribunales en juego sus poderosos medios de pesquisa, salvo caso de desaparición por crimen ó naufragio ó circunstancia imprevista.

Los modernos Códigos han desarrollado extensamente la materia de que nos estamos ocupando, movidos á impulso del progreso del Derecho é inspirándose en la imperiosa necesidad de suplir el vacío de las antiguas leyes.

No ha pesado poco en la decisión tomada por la ve-

cina República que dió el ejemplo, construyendo un cuerpo de doctrina, la previsión de que los tiempos eran de lucha y pedían reglas sobre la ausencia, como decía el tribuno Leroy.

Nosotros, por fortuna, contamos ya también en nuestro Código con un título consagrado al desenvolvimiento de la doctrina concerniente al estado de la persona incierta, cuya existencia se presume y no se afirma, y cuya muerte, pasado cierto tiempo, constituye una presunción *juris*, si bien al trasponer el límite de la vida humana cesará esta presunción para reemplazarla la afirmativa de su fallecimiento.

* * *

Hemos empleado varias veces el concepto «ausencia propiamente dicha,» y esto nos conduce á decir algo sobre las clasificaciones de la misma.

Ausente, en el sentido general de la palabra, es todo aquel que no se encuentra en el punto de que se trata; mas no es éste el concepto que buscamos: ausente, en sentido legal, se dice del que no se halla en su residencia, en su domicilio, como expresa el Código, ó como añade Escriche, «allí donde su presencia es debida ó reclamada.»

Ateniéndose á las leyes Romanas, pródigas en la determinación de quiénes deban considerarse ausentes y quiénes no, los autores han clasificado la ausencia en consonancia con la diversidad de situaciones previstas y derivadas de la ley.

Accursio comprendió cinco géneros de ausencia: probable y necesaria, probable solamente, meramente necesaria, voluntaria y voluntaria con contumacia ó

rebeldía, clasificación que fué mejorada por Gregorio López.

Pero todas estas clasificaciones no son hoy más que antecedentes curiosos dignos de estudio y que demuestran la preocupación que los escritores de la época sintieron por aclarar materia de suyo complicada.

Apreciada la ausencia en la generalidad de su contenido, cabe distinguir la ausencia cierta ó conocida de la ignorada, ó sea ausencia propiamente dicha. Refiérese la primera al que se halla fuera del lugar donde debiera encontrarse ó del de su residencia; pero cuya existencia es conocida ó sabido su paradero, y esta clase de ausencia puede reconocer una causa pública beneficiosa á la nación: justa, como la del comerciante; injusta, como la del rebelde ó contumaz; forzosa, como la del desterrado.

Dentro de cada uno de los términos de esta clasificación caben seguramente subdivisiones que suplirá el criterio de nuestros lectores, toda vez que no podemos detenernos en su exposición; pero entendemos que los referidos contienen con sencillez los géneros diversos de ausencia que pueden presentarse..

El segundo miembro de la clasificación es la denominada ausencia propiamente dicha, es á saber, aquella que atañe á la persona incierta, de la que no se tienen noticias, cuyo paradero es desconocido en absoluto, de quien si no estableciera la ley la presunción de vida habría que contarle en el número de los muertos.

La primera clase de ausencia afecta á las relaciones jurídicas, pero sus consecuencias están determinadas y suplidas en ocasiones por el Derecho. Pártese

siempre de la certidumbre de la vida, nunca de la presunción. En la segunda clase, por el contrario, el punto de partida es siempre la presunción; de tal suerte, que cuando la certeza de la existencia se adquiere, bien directamente por la presencia, ó por virtud de contrato que demuestre de un modo palmario que el otorgante vive, se disuelve por completo la presunción de la ley.

En la ausencia conocida, los derechos del ausente no caminan á su extinción personalísima, sino que subsisten con igual intensidad y energía, al paso que en la ausencia incierta cada año que pasa es un avance en la que pudiéramos llamar prescripción personal de derechos, siquiera éstos no se consoliden sino por la muerte presunta del ausente, y nunca en absoluto, puesto que pende de la demostración de la existencia mientras no se traspase el límite natural de la vida humana.

Los Códigos modernos que, como ya dejamos dicho, siguen el precedente que les trazara el Código Napoleón, sólo se ocupan de la ausencia, propiamente dicha, y el por qué se comprende sin esfuerzo alguno.

*
* *

Decía con razón Bigot de Preameneu: *Ici la loi et les juges ont besoin de toute leur sagesse.*

En efecto: toda previsión y cuidado es poco, porque viene el Juez á constituirse en amparador de los derechos del que ha desaparecido de su hogar sin dejar huella de su camino ni noticia de su paradero.

No hay que suponer que abandona su patria y sus bienes por puro capricho; no es esta la norma racional

que el legislador debe atender como medida de la conducta de los hombres; hay que partir de la idea de causa grave y superior á la voluntad. De aquí que sea la ausencia, por la situación dudosa del sujeto del derecho, la que más propiamente requiere la intervención judicial.

Así como ésta se requiere en la venta de bienes de un menor, á quien la ley le concede el derecho á la restitución si hubiere lesión, porque se presume que no se ajusta á la norma racional el deseo de perjudicarse, sino por el contrario, es la voluntad constante la de la utilidad que reporta el contrato justo, del propio modo hay que suponer que la voluntad del ausente no es que sus heredades se agosten y sus bienes muebles queden abandonados, siendo preciso que esta voluntad presunta la represente aquel poder que ejerce la tutela social por conducto de sus legítimos representantes.

He aquí el sencillo fundamento del reconocimiento del estado incierto de la personalidad y de la intervención del juzgador.

Ahora bien: si se tratase de ausencia voluntaria, porque conociéndose la existencia del ausente, éste persistiere en dejar en abandono sus propiedades, como al cabo esto sería un acto censurable, regirían las leyes de la prescripción con todo su vigor, sin consideración al ausente, puesto que habría de reputársele presente para los efectos del título que tratamos desde el momento que su existencia era conocida.

Por estas razones los legisladores modernos sólo se han ocupado de aquella clase de ausencia que reclamaba su atención y vigilancia en interés del que por

el mero hecho de pertenecer á una nación tiene el derecho de que las leyes le cobijen bajo su manto protector.

Dada la señal por el Código civil francés, todos los de las demás naciones han venido á seguir su huella con ligeras variantes, pero conservando lo fundamental de la institución. Así es que si el Código francés divide la materia en cuatro capítulos, y el tercero, ó sea el destinado á tratar los efectos de la declaración de ausencia, en tres secciones concernientes á los bienes del ausente, sus derechos eventuales y efectos de la ausencia con relación al matrimonio, el italiano le sigue casi literalmente, si bien varía el contenido propio de las secciones, y el Código español lleva los efectos, con respecto al matrimonio y á los hijos menores, á su respectivo lugar, restringiendo el contenido de la ausencia á cinco capítulos, comprensivos de las medidas provisionales, de la declaración de ausencia, de la administración de los bienes del ausente, de la presunción de su muerte y de los derechos eventuales que pudiere adquirir.

Basta hojear los títulos que cada Código respectivamente consagra al estudio de la cuestión para convencerse de la uniformidad de la doctrina.

En efecto, descansan los tres Códigos sobre la base de que á medida que por la acción del tiempo y su transcurso sin adquirirse noticias del desaparecido se va robusteciendo la presunción de la muerte hasta el logro de su completa certidumbre, así también, y á compás, deben ir adquiriendo mayor consistencia y fuerza los derechos que se producen en la esfera positiva por el estado dudoso del sujeto de la relación jurídica.

Por esto los tres Códigos reconocen tres diversos momentos: el primero es simplemente el bosquejo, las indecisas líneas de la ausencia; no pasa todavía de una mera presunción, reduciéndose si se quiere á un trámite preventivo y de defensa que no crea derechos por lo mismo que sólo produce la presunción del estado incierto, ó lo que es igual, si vale la frase, la presunción de la presunción. Presunción de la ausencia la llaman los Códigos francés é italiano; medidas provisionales las denomina nuestro Código.

Viene luego el segundo período, es á saber, la declaración judicial del estado incierto. Aquí ya nace la verdadera presunción, que si en los primeros años es de vida por la multiplicidad de contingencias que pudieran extrañar la noticia del paradero, á medida que el tiempo transcurre va tornándose en presunción de muerte, porque se parte de la idea natural del término máximo de la vida humana en unos casos y en otros del término medio, que unido á los años que contase el ausente al tiempo de su desaparición, traen aparejada la fundadísima presunción de la muerte.

Pasados treinta años desde que desapareció el ausente ó se recibieron de él las últimas noticias, ó noventa desde su nacimiento, la presunción de muerte adquiere realidad si alguna parte interesada pide su declaración. Entonces la personalidad jurídica del ausente se considera extinguida y abierta la sucesión testamentaria ó abintestato, entran á sucederle sus legítimos herederos.

Sobre estos tres pilares está fundada toda la teoría de la ausencia, y ajustándose á su rigor han sido desarrollados los principios de la ley en artículos, que si

adolecen de algunos defectos que procuraremos señalar, representan en cambio un progreso en nuestro Derecho civil, muy deficiente en dicha materia.

CAPÍTULO PRIMERO

MEDIDAS PROVISIONALES EN CASOS DE AUSENCIA

Como ya dejamos referido, siquiera no sea con la extensión que el asunto se merece, el Código explana en este capítulo cuáles son aquellas medidas que debe el juzgador tomar para prevenir el estado que se inicia ya, después de la desaparición del individuo, pero cuyo estado incierto no se puede todavía fijar por la escasez del tiempo transcurrido.

Dice el Código «Medidas provisionales», y atendiendo al encabezamiento del capítulo creerá el lector encontrar escrupulosamente detalladas dichas medidas; sin embargo, en cuanto afecta á su parte más principal, ó sea el aseguramiento de los bienes del ausente, el Código deja al criterio judicial adoptar aquellas prevenciones, y decretar aquellos acuerdos que más en armonía estén con la naturaleza y fisonomía propia que el caso revista.

Bien mirado, toma aquí el Código la palabra ausencia en un sentido más amplio y comprensivo, puesto que no contrae su significado al estado incierto de persona, declarado judicialmente, sino al que precede á dicha declaración, vago é indeterminado, y en el que se fluctúa entre la presunción que asoma y el alejamiento de toda hipótesis que consigo lleva la corta importancia del tiempo transcurrido.

Como no es dicho estado de los más á propósito para producir derechos, el Código pasa á la ligera, refundiendo toda la materia en tres artículos, y más principalmente en dos, que son el 181 y el 182.

El 183 se reduce á determinar la representación del ausente, tomando esta palabra en el sentido relativo de que es susceptible antes de la declaración judicial de ausencia.

ART. 181. Cuando una persona hubiere desaparecido de su domicilio sin saberse su paradero y sin dejar apoderado que administre sus bienes, podrá el Juez, á instancia de parte legítima ó del Ministerio fiscal, nombrar quien le represente en todo lo que fuere necesario.

Esto mismo se observará cuando en iguales circunstancias caduque el poder conferido por el ausente.

Concordancias.—Análogo al art. 310 del proyecto de Código de 1851 é igual al 147 del de 1882.

PRECEDENTES LEGALES.—*Ley* 12, *tit*, *II*, *Part*. 3.ª—Vegadas y ha que catiuan, o non son en la tierra aquellos contra quien el demandador quiere fazer su demanda, o mueren sin herederos, porque han de fincar sus bienes desamparados. E por ende, el que quisiere fazer tal demanda como esta, deue pedir al Juez del logar de quien guarde en aquel pleyto los bienes de aquel á quien quiere demandar, e el deuelo fazer. E esto es porque su Señor non seria y para responder nin otro por el.

E quando tal Guardador fuere dado, puede entrar en juyzio con el, e todo quanto razonare o fiziere por el derechamente, sin engaño, sera valedero, tan bien como si estoviesse delant aquel cuyos fuessen los bienes. Ca de otra guisa non valdria l demanda que fiziesse. E si por auentura acaesciesse que los bie

nes de los sobredichos fuessen tantos que los non pudiesse guardar un ome solo, e ouiessen a dar mas Guardadores, cada uno destos que fuessen puestos para guardarlos, puede demandar en juyzio, e responder por razon de aquello que ha de guardar; bien assi como los Guardadores de los huerfanos lo pueden fazer sobre los bienes de aquellos que tienen en guarda.

COMENTARIO.—No se necesita ya el transcurso de cierto tiempo, dos años, como determinaban los artículos 2.031 y 2.045 de la ley de Enjuiciamiento civil, para la adopción de aquellas acertadas medidas que coadyuven á la guarda de los bienes del ausente y seguridad y administración interina de los mismos; basta el hecho de la desaparición de una persona y la ignorancia de su paradero para que desde el mismo instante comience la acción del Juzgado á rendir sus beneficios, constituyéndose en tutor del que debe suponerse que, por causa superior á su voluntad, no puede prestar sus afanes á los campos, ó casas, ó muebles, ó bienes fiduciarios que dejó abandonados.

Prevé el Código y distingue entre aquel que al abandonar el lugar de su residencia deja un apoderado con amplias facultades de representación para que administre los bienes, y el que desaparece de su domicilio sin dejar apoderamiento.

En el primer caso, sería una oficiosidad, y hasta quebrantaría el sagrado de la libertad individual, que el Juez se inmiscuyera para adoptar prevenciones que ninguna falta harían, toda vez que el ausente había proveído, por virtud de un apoderamiento, que le confería la cualidad de presente en ausencia.

Es en el segundo caso cuando urge y precisa la intervención del Juez. Ahora bien: esta intervención habrá de provenir siempre á requerimiento de parte legítima ó del Ministerio público.

Parecía más amplio y justo el precepto del art. 2 045 de la ley de Enjuiciamiento civil, que sin perjuicio del derecho de los parientes á la administración, concedía á cualquiera persona la facultad de promover el expediente de ausencia para la seguridad de los bienes del ausente, siquiera tan lógico precepto estuviese contrapesado por la traba del tiempo que era necesario dejar transcurrir para poder ejercitar este derecho.

Sin duda el legislador asimila el concepto de acción pública á la ejercitada por el Ministerio público, como lo deja entrever en

el proemio que antecede á la edición reformada, y fundado en esto, suple la indiferencia de los parientes ó la carencia de partes legítimas con la intervención del Fiscal, que por cuanto representa el interés social, extiende muy principalmente su representación al que carece de toda otra.

¿Quiénes se considerarán partes legítimas para promover el expediente de administración interina de los bienes del ausente no declarado todavía tal por el Juzgado? No cabe la menor duda de que poseen esta facultad: todos los comprendidos en el artículo 185, ó sea el cónyuge presente; los herederos instituídos en testamento que presentaren copia fehaciente del mismo, los parientes que hubiesen de heredar abintestato y los que tuviesen sobre los bienes del ausente algún derecho subordinado á la condición de su muerte.

El Código enumera á las personas mencionadas al objeto de concederles el derecho de solicitar la declaración de ausencia; pero por la conocidísima máxima de que quien tiene el derecho á lo más lo tiene á lo menos, es evidente que puesto que pueden pedir la declaración de la ausencia, segundo grado, por decirlo así, en el proceso de la presunción de la muerte, pueden con mayor razón reclamar que se nombre al ausente representante de lo que fuese menester, evitando el perjuicio que en otro caso pudiera seguírsele á este último.

Se ha dudado por algunos autores si los herederos presuntivos deben ser estimados como parte legítima al efecto de pedir la adopción de medidas que garanticen los bienes del ausente, y escritores como García Goyena han mostrado su opinión contraria fundándose en que el derecho á los bienes en este primer período de la ausencia no pasa de una esperanza y en que tendría visos de codicia tan temprana intervención.

Disentimos de este dictamen, porque si en lo que tiene de esperanza nos fijamos, no acrece mucho ésta transcurridos los dos años siguientes, y sobre todo, no deja de ser tal esperanza, que puede desvanecerse con la aparición del ausente y el otorgamiento de su testamento. Y por lo que respecta á si revela la codicia del heredero presuntivo, ¿es éste algún motivo de ley fundado para apoyar en él una prohibición ridícula? Muy codicioso podrá ser el heredero; pero mientras el Juez cumpla sus deberes llevando su solicitud allí donde se necesitare, importa bien poco

la codicia aparente del presunto heredero que reclama las atenciones del Juzgado en provecho de los bienes del testador.

Más censurable nos parece el abandono del heredero que, no obstante conocer su ventajosa posición, descuida los bienes del ausente en la duda de si sus afanes resultarán baldíos, que la solicitud del que cuida afanoso de los mismos, sin que le contenga ni apesare la contingencia probable de que el ausente, saliendo del estado incierto en que se halla, se constituya, si vale decirlo así, en presente.

Si puede pedir la declaración de ausencia, que en rigor es el estado que le confiere una verdadera administración, á diferencia de la presunción de ausencia, que sólo le otorga la representación meramente necesaria al arbitrio judicial y para el asunto que imperiosamente lo exija, ¿con cuánto más motivo podrá mostrarse interesado en estas medidas provisionales, en las que la latitud del Código es tanta que queda al designio del juzgador nombrar al representante, salvas las representaciones legales del art. 183?

Además, el Código dice «parte legítima», y si tal palabra la tomamos en el sentido genuino que se emplea en el lenguaje del Derecho sin ampliar su concepto, vendremos á la conclusión de que considerada la ausencia como un todo comprensivo de tres diversos grados, las únicas personas señaladas en la ley con facultad de promover por su pedimento la acción judicial, son las designadas en el art. 185, entre las cuales están comprendidas los herederos presuntivos.

Sin embargo de lo expuesto, en nuestro sentir la frase «parte legítima» es tan vaga, que en sus límites indecisos cabe incluir todas aquellas personas que tengan interés ó guarden alguna relación jurídica con el ausente, reclamable ante los Tribunales. Así, v. gr., á un acreedor del ausente en escritura pública que lleve aparejada ejecución por préstamo vencido, no podrá menos de reputársele parte legítima para pedir que al desaparecido de su residencia sin dejar apoderado se le nombre un representante, un verdadero mandatario dativo, si vale la expresión, para que lleve su representación en el litigio. Así tambien, el hijo natural que tiene derecho á los alimentos será parte legítima, porque no encaja dentro de los severos moldes de la justicia que su derecho quede desamparado y á merced de las contingencias ocasionadas por el estado incierto de la persona.

En definitiva, nuestra opinión es que la frase «parte legítima» no limita el derecho á las personas ligadas con vínculo de parentesco, ó á las que hubiesen sido instituídas herederas, ni tampoco la conceptuamos tan lata que dé cabida á cualquiera, sino que la colocamos en el justo medio de conceder dicha facultad á todos aquéllos que tengan un derecho dependiente de la personalidad del ausente ó del hecho de su muerte.

No se trata de una administración general de todos los bienes; bien á las claras da á entender el capítulo que la misión del Juez en este primer momento de la desaparición se reduce á tomar las medidas interinas que más en armonía estén con las circunstancias.

Después de todo, el precedente es claro; y basta leer la ley 12 del tít. II de la Partida 3.ª para convencerse de que su espíritu generalizado es el mismo que anima y vivifica el precepto que es objeto de nuestro comentario.

Podrá el Juez nombrar quien represente al ausente, y si bien de las palabras del artículo parece deducirse la plena libertad que se otorga al juzgador para elegir á su arbitrio la persona, no por eso habrán de ser desatendidas las designadas en el artículo 220 del Código, para la interina y limitada administración de los bienes del ausente, mucho más cuanto que declarada legalmente la ausencia y cerrada la interinidad, vendrían dichas personas, en uso de su indiscutible derecho, á desempeñar la administración, conferida por la ley en el orden que determina el artículo que ya hemos citado.

Para el desempeño de esta representación interina del ausente, ó mejor dicho, administración limitada por el designio judicial, ¿se necesitará la prestación de fianza? No sienta el Código ningún precepto categórico sobre este extremo; pero basta la referencia que se hace en el artículo subsiguiente, respecto á las facultades, obligaciones y remuneración de la representación del ausente, regulándolas á tenor de lo dispuesto respecto de los tutores, para deducir, siquiera sea en puridad de analogía, el deber de constituirla á responder de las resultas de la gestión, salvas las excepciones de la ley.

Como el artículo, al conceder al Juez el derecho de otorgar l representación del ausente, lo restringe á lo que fuere necesari sígueso de aquí que si los bienes no sufriesen detrimento p

tratarse, v. gr., de efectos metálicos depositados en Banco ó establecimiento de crédito de garantía, ó rentas acumulables al capital invertido asimismo en negocio seguro, á satisfacción del juzgador y en establecimiento que gozare de crédito en la plaza, para nada se necesitará nombrar representante del ausente, porque vendría á revestir la condición de medida innecesaria, prohibida, si no categórica, á lo menos tácitamente, por el Código civil.

Finalmente, las mismas medidas se observarán si el ausente hubiese dejado apoderado y el mandato caducase porque, á contar de la caducidad, el presente en ausencia, si vale la frase, perdida la representación vendrá á encontrarse en identidad de circunstancias á las del desaparecido de su domicilio ignorándose su paradero.

Exactamente lo mismo ocurrirá si el mandatario falleciere y desconociéndose el paradero del mandante, no proveyese éste á la administración de sus bienes en un breve plazo, porque si es cierto que la caducidad del poder no reconoce por causa el cumplimiento del mandato conferido, ni el transcurso del tiempo, etcétera, también lo es que el ausente queda sin representación.

ART. 182. Verificado el nombramiento á que se refiere el artículo anterior, el Juez acordará las diligencias necesarias para asegurar los derechos é intereses del ausente, y señalará las facultades, obligaciones y remuneración de su representante, regulándolas según las circunstancias por lo que está dispuesto respecto de los tutores.

Concordancias.—Análogo al art. 312 del proyecto de Código de 1851 é igual al 148 del de 1882.

PRECEDENTES LEGALES.—*Ninguno.*

COMENTARIO.—Derívase implícitamente este artículo del anterior como el efecto de la causa.

Una vez que se hubiere designado representante, procede que el Juez acuerde las diligencias necesarias para asegurar los derechos é intereses del ausente, señalando al mismo tiempo el límite de las facultades del primero, así como la remuneración que haya de percibir.

No podía el Código entrar en minucias impropias, y sobre todo, imposibles de abarcar dentro del precepto categórico y generalísimo. Cada situación especial determinará medidas especiales, y de análogo modo la naturaleza de los bienes quedados en abandono y las cargas que sobre ellos pesaren ó las trabas que los retuvieren serán indicadores de medidas que la pericia judicial habrá de adoptar en armonía con el interés del ausente á quien proteja.

Tratándose de bienes muebles, las reglas más elementales de prudencia indican para el aseguramiento, como medida preliminar, el inventario y detalle de los referidos muebles, pues que de esta suerte se determinarán cualitativamente, imposibilitándose la sustitución por mano de un administrador poco escrupuloso.

Tratándose de bienes en metálico, el depósito en las Cajas que á estos efectos destina la Administración del Estado, ó en las Sucursales del Banco de España, será la solución indicada, sin que sea necesario el nombramiento de representante, puesto que transcurridos los dos años exigidos por el Código y previa la declaracion de ausencia, habrá de designarse administrador, y entrarán en su poder los dichos bienes.

Tratándose de bienes litigiosos, á los fueros de la justicia y en pro del derecho del ausente, procede designar en seguida representante que lleve la voz de este último en juicio y defienda sus intereses.

Pudiera suceder que se ventilara el pleito en contra del ausente y que en la ejecución de sentencia hubiera de desmembrarse el patrimonio de éste en beneficio y justo resarcimiento de los derechos del vencedor en la contienda judicial. Nunca más necesaria que en ocasión tan delicada la representación conferida á persona de honradez y pericia para salvar los escollos de la liquidació hacer pago de capital, intereses y costas si las hubiere, y deduc el importe líquido en provecho del representado, cuidando el re manente como un buen padre de familia (según decían expre

sando la mayor de las solicitudes las antiguas leyes de España y copia el Código novísimo) ó depositándolo en lugar seguro.

Cuando fueran bienes pignorados á responder de un préstamo contraído á pagar en plazo fijo, la misión del representante deberá contraerse á liberar, si existen fondos con que hacerlo, el susodicho préstamo, ó á pedir prórroga si fuera posible, hasta tanto que pasados los dos años de interinidad se posesionase de los bienes el legítimo administrador. Tal opinamos que deberá proveer el Juzgado.

Acaso al desaparecer de su domicilio la persona cuyo paradero se ignora quedasen pendientes de entrega bienes procedentes de alguna testamentaría ó *ab-intestato*. Las facultades del representante nombrado serían las de recibir dichos bienes ó la de ostentar la representación del ausente si hubiera alguna cuestión previa, y ventilada ésta, recibirlos, depositándolos, si de ello fueren susceptible, en el establecimiento que se señalare.

En este caso que examinamos conviene no involucrar el derecho ya declarado con el eventual que proviniere, una vez desaparecida de su domicilio la persona de que se trate.

Finalmente, si fuesen bienes inmuebles dados en arrendamiento, que, como es consiguiente, devenguen el precio ó pensión de aquél, el Juzgado deberá proveer concediendo al representante facultad de cobrar el dicho precio ó pensión, obligándole á constituir en depósito todas las cantidades que obtuviese como producto de sus gestiones en el establecimiento público que al efecto se señalase.

Seguramente que la realidad, tan rica y copiosa en presentar casos anómalos é imprevistos, dará ocasión al Juzgado para mostrar los recursos de su ciencia, pero en los límites estrechos del comentario no nos es permitido aventurar más supuestos.

Unas veces la representación será parcial, otras veces total, á tenor de las necesidades y de las exigencias de los bienes.

El cargo de representante del presunto ausente, desempéñelo quien lo desempeñe, bien sea el cónyuge, bien un ascendiente, ó un colateral, tiene todos los caracteres de la antigua curaduría. Con efecto: en él nada se atiende á la persona, puesto que se ignora su paradero; limítase exclusivamente á los bienes, y aun puede restringirse la representación simplemente á un solo negocio; y si por ventura fuese éste litigioso, las semejanzas se es-

trecharán hasta el extremo de poder asegurarse que el defensor que se nombrase sería lo que la legislación derogada denominaba un curador *ad litem*.

El Código civil ha borrado la curaduría, dejando sólo la tutela, y como no puede decirse que sea en rigor un tutor el que se haya de nombrar para la representación del ausente en este tránsito á la declaración de la ausencia, de aquí que provea á la necesidad denominándole representante y regulando sus facultades, obligaciones y retribución por lo dispuesto respecto de los tutores.

Facultades.—¿Cuáles serán éstas? Única y exclusivamente las que el Juez le confiera. Creemos, sin embargo, que si en el auto no proveyese el Juzgado á necesidad patente, podrá el representante solicitar la autorización judicial de la propia manera que el tutor la necesita del consejo de familia para la adopción de ciertas medidas. Esto no obstante, si, v. gr., se tratare de fincas rústicas ó urbanas que exigieran una inmediata reparación para salvarlas de la ruina, es nuestro parecer que bastará ponerlo en conocimiento del Juzgado, acudiendo á evitar el daño sin esperar la autorización, porque seguramente no habrán de surgir obstáculos á una medida tan laudable que presume la intención del ausente de que su heredad no se destruya ni desmejore. Al cabo no es otro el fundamento de esta representación interina acordada por el Código civil, sin espera de los dos años exigidos para declarar la ausencia.

Si para pagar los gastos de la reparación se necesitase tomar dinero á préstamo, al Juzgado le incumbe únicamente acordar lo necesario para salvar la situación creada.

Obligaciones.—La fuente principal de donde provengan será el auto del Juzgado otorgando la representación, pero puede de antemano señalarse una obligación general de toda administración; es á saber, la de cuidar el caudal del ausente, comprendiendo en dicha palabra la suma de bienes confiados á su custodia, con el esmero y solicitud que cuidaría de su caudal un buen padre de familia.

Otras obligaciones existen, tales como la de formar inventario de los muebles que recibiere, solicitar la autorización judicial para atender á perentorias necesidades no previstas en el auto del Juzgado, la de prestar fianza en cantidad bastante á respor

der de las resultas de su gestión, y finalmente, la de rendir cuentas al Juzgado en los plazos que éste señalare.

Remuneración.—Se regulará, según las circunstancias, atendiendo, como fácilmente se concibe, no sólo á la importancia del capital, sino al mayor ó menor trabajo que consigo lleve la administración, y su cuantía oscilará entre el 4 y el 10 por 100 de las rentas ó productos líquidos de los bienes, sin que pueda exceder de esta última cantidad.

La ley de Enjuiciamiento civil, en el art. 2.042, fijó la retribución del administrador nombrado, señalando como límite máximo á que pudiese ascender el 10 por 100.

Cuanto dejamos dicho, que, como está á la vista, no son más que las reglas generales de toda administración, queda sometido á las particularizaciones que impongan las circunstancias y que el Juzgado determinará.

Ahora bien, y para terminar este punto: ¿qué Juez se entenderá competente para conocer del expediente de presunción de ausencia y nombrar el representante?

En la discusión del Código civil francés se suscitó esta misma cuestión, que quedó resuelta por una regla sencilla, pero de la que, sin embargo, disentimos por no parecernos la más adecuada á la unidad del procedimiento.

Vino á adoptarse el criterio intermedio de someter á la competencia del Juez del domicilio todo lo concerniente á la declaración de presunción de ausencia, y al del lugar en que los bienes estuviesen sitos lo relativo á las medidas de seguridad y administración. Pero de esta suerte divídese la continencia del expediente, dándose lugar en la práctica á multitud de dilaciones perjudiciales.

Hoy no puede, en nuestro entender, haber duda de ningún género, porque la ley de Enjuiciamiento civil, en su art. 63, número 24, al determinar la competencia de los Jueces, estableció que en los expedientes que tengan por objeto la administración de los bienes de un ausente cuyo paradero se ignore, será Juez competente el del último domicilio que hubiere tenido en territorio español.

Es verdad que en el capítulo que nos sirve de materia al comentario, háblase solamente de las medidas provisionales, pero esto no es óbice, y antes por el contrario, corrobora la evidente

competencia del Juez del último domicilio. En efecto: la ausencia se califica y presume tomando como punto de partida el domicilio de la persona. Justo es, pues, que el Juez del mismo sea el llamado á dictar las medidas perentorias que requiera el estado incierto de la persona y el abandono de sus bienes, siquiera éstos se encuentren en territorios distintos no sometidos á su jurisdicción.

Para ello tiene la facultad de expedir exhortos á cualquier Juzgado de la Península y del extranjero por el debido conducto, reclamando la acción judicial concurrente al fin que se propone.

ART. 183. El cónyuge que se ausente será representado por el que se halle presente cuando no estuvieren legalmente separados.

Si éste fuere menor, se le proveerá de tutor en la forma ordinaria.

A falta del cónyuge representarán al ausente los padres, hijos y abuelos, por el orden que establece el artículo 220.

Concordancias.—Análogo al pár. 1.° del art. 311 del proyecto de Código de 1851 y al 149 del de 1882.

PRECEDENTES LEGALES.—*Ninguno.*

COMENTARIO.—Parece á simple vista, dada la redacción del párrafo primero del artículo, que constituye una limitación á las facultades que el art. 181 concede al Juez en lo relativo á la designación de representante en estos casos imprevistos de presunción de ausencia; pero seguramente á poco que se pare la atención obsérvase que ya no se trata de una designación judicial deferida á instancia de parte legítima, sino que la designación la hace el Código, y que en este primer caso de que nos estamos ocupando, por el mero hecho de la desaparición de uno de los cónyu *ipso facto* queda el otro constituído en representante del aus sin necesidad de previo nombramiento y fijación en el aut las facultades de la administración.

A pesar de la poca claridad con que está redactado el artículo, el espíritu del Código se trasluce sin la menor opacidad. El lector se forja inmediatamente la idea de que lo que el Código ha querido expresar es que sin necesidad del nombramiento por el Juzgado, el cónyuge adquiere el derecho de representar á su consorte ausente en ignorado paradero.

Constituyen los cónyuges tan perfecta sociedad, que siendo dos personas naturales, forman una sola personalidad jurídica, cuya representación la ostenta el marido.

La unidad de intereses, la comunidad de aspiracioness, el cuidado mutuo que ambos consortes se prestan, la vigilancia en todo cuanto respecta á la seguridad y progreso del caudal, por lo mismo que los beneficios que se obtengan han de comprender á marido y mujer (claro es que hablamos del matrimonio en la integridad de la armonía y sin quebranto de los lazos conyugales, único tipo que puede tomar la ley); esta compenetración de afectos é intereses viene á constituir un todo tan perfecto y respetable para el derecho, que ínterin la unión subsista, es decir, mientras los cónyuges no se separen legalmente por sentencia firme de divorcio, no es posible desechar la influencia poderosa que la unión matrimonial ejerce en el terreno de la ley.

En el caso de desaparición de uno de los cónyuges, siempre que no lleve envuelta abandono de la casa conyugal que engendre la presunción de un adulterio, ¿quién tomará más cuidado por los bienes ni quién proveerá mejor á las necesidades de éstos que el cónyuge presente, cuando en ello va su interés y acaso la suerte de esos mismos bienes, que el día de mañana habrán de venir á formar el patrimonio de sus hijos?

Cuando se trata de un ausente que no deja tras de sí familia ninguna ó los lazos del parentesco son muy lejanos, justa y precisa es la intervención del Juez para precaver mayores males; mas cuando el ausente deja en su domicilio consorte que habrá de interesarse tanto ó más que él en la mayor prosperidad del caudal y más abundante provecho de las heredades, ¿qué contingencias futuras podrá prever la intervención judicial, ni para qué necesitará arrogarse visos de protección cuando existe la persona que compendiará todas las solicitudes, no tanto por egoísmo, cuanto en aras del cariño que profesa al que se encuentra en ignorado paradero?

Si el domicilio continúa, porque sigue en él uno de los cónyuges; si la sociedad matrimonial subsiste, justo es que el cónyuge presente tenga la representación del ausente, porque ninguno podrá ostentar más justos y legítimos derechos.

Ausencia del marido.—Conviene distinguir según sea el marido ó la mujer el cónyuge ausente, porque como cada uno de los referidos miembros componentes de la sociedad conyugal ocupa posición distinta, y goza asimismo de diversos derechos, el estado incierto de la persona no afecta en la misma proporción á los de uno y otro.

Sabido es que el marido, como jefe de la sociedad conyugal, goza, salvo estipulación en contrario, de la administración de los bienes de aquélla, comprendiendo los dotales, los aportados por el marido al matrimonio, los bienes gananciales y aun los parafernales si la mujer hubiese entregado su administración al marido.

Ahora bien: siendo éste el ausente, por el precepto expreso de la ley vendrá la mujer á representar á su consorte en ignorado paradero, y consiguientemente (art. 1.441), ella administrará los bienes dotales que aportó al matrimonio para conllevar las cargas anexas al mismo; ella administrará también los gananciales si los hubiere y se fueren acumulando al capital conyugal; ella proveerá á la administración de los parafernales, aunque hubiese el marido ganado sobre ellos el derecho de administrarlos; ella, finalmente, atenderá á los bienes propios del marido aportados al vínculo.

Ausencia de la mujer.—Si la esposa fuese la desaparecida del domicilio sin hallarse rastro de su paradero, entonces en rigor poco varía la situación, porque dada la preeminencia de que disfruta el marido en la sociedad conyugal, continuará en la administración que de derecho le corresponde de los bienes de la misma, con la única diferencia de que si la mujer se había reservado la administración de los bienes parafernales, la ganará el marido, y los frutos ó rentas de los bienes que los constituyan entrarán en su poder como constitutivos del haber de la sociedad conyugal y consiguientemente sujetos al levantamiento de las cargas del matrimonio.

En las ediciones anteriores de este tomo tercero, omitimos tratar un punto interesante que se roza con la materia objeto d

nuestro estudio, y que toma su razón de ser de la naturaleza jurídica de los bienes parafernales.

Como quiera que la mujer conserva la administración de dichos bienes, salvo el caso en que expresamente los hubiere entregado al marido ante Notario con intención de que los administre, quedando el marido obligado á constituir hipoteca por el valor de los muebles que recibiese, ó á asegurarlos en la forma establecida para los bienes dotales (art. 1 384 del Código civil), síguese indefectiblemente la regla siguiente, es á saber: «El marido no puede administrar los bienes muebles parafernales sin garantizar las resultas de la administración con las mismas formalidades que exigen los bienes dotales.»

El marido de la mujer ausente, entra en la administración de los bienes parafernales; esto es indiscutible, tanto porque así se desprende del texto y del espíritu del art. 183, cuanto porque nadie con mejor derecho que el cónyuge presente para administrar bienes propios del cónyuge ausente.

Pero en este caso, ¿se impondrá la regla general? ¿tendrá el marido que constituir hipoteca por el valor de los bienes muebles que recibiese? Indudablemente. No es factible alegar razón de peso en contra de dicha afirmativa. La interinidad probable del estado incierto; la posibilidad de que la ausencia desaparezca no merecen ni siquiera el nombre de argumento. Lo transitorio no implica seguridad, y para que el marido pueda dilapidar los bienes parafernales consistentes en cosas muebles, no se necesita mucho tiempo.

El Código aspira en todo caso á que cuando por virtud de la administración de los parafernales gane el marido la tenencia de cosas que por su condición mueble y lo fácil de su disponibilidad puedan pasar de unas á otras manos, sin dejar una huella perenne, garantice antes á la mujer el resarcimiento de dichas cosas ó el de su valor.

No debemos olvidar que la declaración judicial de ausencia Descansa en la presunción jurídica de la existencia del ausente. de ahí que, aun cuando la mujer desaparezca de su domicilio y se ignore su paradero, sus derechos permanecen intactos y defendidos por la persona en quien la ley presupone el mayor interés y la más viva solicitud. ¿Cómo, pues, podrá excusarse el marido de garantizar cumplidamente la nueva administración que el

precepto legal le confiere? Si para la aplicación congruente de una ley preceptiva se necesita la realización de un hecho ó de varios hechos, mediante los cuales se produzca el estado jurídico que el legislador previó y elevó á la categoría de derecho legislado, nadie dudará que, en el caso de la ausencia de la mujer, se verifica el hecho causa determinativa de la aplicación del principio legal.

El hecho es la administración de los parafernales por el marido, cuyo hecho engendra el peligro de que dichos bienes puedan perderse ó menoscabarse: la procedencia del principio legal es indiscutible. Para alejar y desvanecer estos peligros, el marido debe asegurar las resultancias de su administración.

Mas como ya habrán notado nuestros lectores, en este caso que nos ocupa, asoma desde luego, no diremos que una oposición de intereses, entre el ausente y su representante por ministerio de la ley, pero sí un interés individual que, alentado por cierto sentimiento egoísta, puede convertir en ilusorias las previsiones del Código. Siendo el marido presente el representante legal de su cónyuge ausente, y debiendo prestar hipoteca por los bienes muebles parafernales que entren en su administración, muy bien pudiera aparecer remiso en llenar la susodicha obligación si sólo á su voluntad y rectitud se dejara su cumplimiento. De aquí que nosotros creamos que ciertos preceptos del Código, de los cuales ahora hablaremos, tienen una estricta aplicación.

Ocupándose el art. 1.352 de la constitución de la hipoteca dotal, y después de consignar que la mujer casada mayor de edad puede exigir por sí misma la constitución de hipoteca é inscripción de bienes de que trata el art. 1.349, añade:

«Si no hubiese contraído aún matrimonio, ó si habiéndolo contraído, fuese menor, deberán ejercitar aquel derecho en su nombre y calificar la suficiencia de la hipoteca que se constituya, el padre, la madre ó el que diese la dote ó los bienes que se deban garantizar.

»A falta de estas personas, y siendo menor la mujer, esté ó no casada, deberán pedir que se hagan efectivos los mismos derechos el tutor, el protutor, el consejo de familia ó cualquiera de sus vocales.»

Complementando la doctrina, dice el art. 1.353: «Si el tutor, el protutor ó el consejo de familia no pidiesen la constitución de la

hipoteca, el Fiscal solicitará de oficio, ó á instancia de cualquiera persona, que se compela al marido al otorgamiento de la misma.

Los Jueces municipales tendrán también la obligación de excitar el celo del Ministerio fiscal á fin de que cumpla lo preceptuado en el párrafo anterior.»

Pensamos que los artículos transcritos deben tener, según hemos expuesto, una estricta aplicación, porque las leyes de la analogía, de las cuales no es posible prescindir cuando se estudia el derecho positivo, así lo aconsejan. Si solamente nos atuviéramos para juzgar, á los textos escritos, sin consideración á ninguna otra fuente supletoria del derecho, ciñéndonos con rigor al sentido gramatical de las voces, la mayor parte de las situaciones jurídicas que en la realidad se presentan permanecerían insolubles. Observemos la analogía de los casos. En el de la constitución de la hipoteca dotal previsto por el art. 1 352, nos encontramos con una mujer casada representada legalmente por su marido, sin perjuicio de cuya representación el padre, la madre, la persona que hubiese dado los bienes, el tutor, el protutor, los vocales del consejo de familia y el Ministerio fiscal por sí ó á excitación *de cualquiera persona*, pueden compeler al marido á que constituya la hipoteca é inscriba los bienes de que trata el art. 1.349.

En el caso de la esposa ausente, hallamos también una mujer casada cuya representación le compete al marido, y de la misma manera éste resulta obligado por el art. 1.384 del Código á garantizar con hipoteca el valor de los bienes muebles que en el concepto de parafernales entren en su administración. Si, como es visto, la analogía toca en la identidad, ¿qué razón podrá alegarse para que el padre, la madre, el tutor, el Ministerio fiscal, de oficio ó á instancia de cualquier persona, no puedan obligar al marido á que asegure la gestión de los parafernales? Sería un contrasentido inadmisible que en los momentos en que el peligro se avecina por la ausencia de la mujer, la ley desamparase sus derechos, y cuando el temor es más remoto, tanto por su presencia cuanto por la posibilidad de ejercer personalmente una escrupulosa vigilancia, le concediese todo género de seguridades y garantías.

Se nos podrá argüir que el art. 1.352 ha sido escrito para las mujeres menores de edad, que por efecto de su falta de capacidad jurídica no pueden exigir por sí mismas la hipoteca y la inscrip-

ción de los bienes; pero esta alegación queda rebatida con sólo hacer notar que la ausencia crea una incapacidad de derecho análoga á la en que se encuentra la mujer menor de edad, puesto que la mujer ausente tampoco puede *por sí misma* reclamar de su marido la prestación de la garantía hipotecaria.

Dispone el art. 1.389 que el marido á quien se hubiesen entregado los bienes parafernales estará sometido en el ejercicio de su administración á las reglas establecidas respecto de los bienes dotales inestimados. A pesar de lo terminante de esta disposición, habremos de aplicarla sin perjuicio de lo establecido en el segundo párrafo del art. 1.384, cuyo artículo, en el mero hecho de exigir la constitución de hipoteca por *el valor* de los muebles, les concede una justa estimación, en virtud de la cual quedan subordinados á los principios por que se rigen los dotales estimados. Con tanto más motivo opinamos en este sentido, cuanto que á pesar de emplear el art. 1.384 la palabra muebles sin aditamento de los nombres sustantivos cosas ó bienes, resulta claramente del contexto de la disposición, que no ha sido usada en el sentido restringido que expresa el art. 346 en su segundo párrafo.

Esta consideración nos ofrece otra prueba de la identidad de los casos, generadora y determinante de la aplicación de las mismas disposiciones de derecho.

Condensando las reflexiones que anteceden en algunas reglas concisas, obtenemos las siguientes:

1.ª El marido entrará en la administración de los bienes parafernales, aun cuando la mujer se hubiese reservado su derecho á administrarlos, en el caso en que ésta desapareciese de su domicilio, é ignorándose su paradero, fuese declarada ausente.

2.ª En este caso el marido estará obligado á constituir hipoteca por el valor de los bienes muebles que recibiese, ó á asegurarlos en la forma establecida para los bienes dotales.

3.ª Deberán compeler al marido á que constituya la expresada hipoteca, y calificar la suficiencia de la misma, el padre y la madre de la mujer ausente ó la persona que hubiese dado los bienes que se deban garantizar.

4.ª A falta de estas personas, y siendo menor la mujer, deberán pedir que se hagan efectivos los mismos derechos el tutor, el protutor y el consejo de familia ó cualquiera de sus vocales.

5.ª En defecto de las citadas, el Ministerio fiscal solicitará de

oficio ó á instancia de cualquier persona, que se compela al marido al otorgamiento de la misma.

Al realizar la adaptación al caso que estudiamos de las disposiciones prescritas para la constitución de hipoteca en garantía de los bienes dotales estimados, no hemos prescindido de mencionar entre las personas ó entidades llamadas por la ley á interponer su oficio en favor de la mujer incapacitada de defenderse por sí misma, al tutor, protutor y vocales del consejo de familia, porque la emancipación por el matrimonio, si extingue la tutela plena, deja subsistente una tutela menos plena ó restringida, para cuyo desempeño se necesita la concurrencia de las personas mencionadas.

Consideramos también susceptible de aplicación el art. 1.355 porque constituye, por decirlo así, el complemento de las medidas protectoras con que la ley ampara á la mujer. Dispone dicho artículo que, «siempre que el todo ó una parte de los bienes que constituyan la dote estimada consista en efectos públicos ó valores cotizables, y mientras su importe no se halle garantido por la hipoteca que el marido está obligado á prestar, los títulos, inscripciones ó documentos que le representan, se depositarán á nombre de la mujer en un establecimiento público de los destinados al efecto.» No hay más que sustituir la frase, dote estimada, por la de bienes parafernales, para la perfecta adaptación del principio.

Creemos que pueden pedir el depósito á que hace alusión el artículo 1.355 las mismas personas que tienen el deber de compeler al marido á que constituya la hipoteca exigida por el art. 1.384.

Prosigamos el desarrollo del comentario.

Caso de nulidad del matrimonio. — Si al tiempo de mostrarse el estado incierto de la persona estuviese pendiente juicio canónico en atención á haberse descubierto la existencia de un impedimento ignorado hasta entonces, y se pronunciase sentencia declarativa de nulidad del matrimonio y fuese firme tal sentencia, quedando en su virtud y por la fuerza del pronunciamiento disuelto el vínculo, ¿seguirá, no obstante, el marido en la representación de los bienes de la mujer ausente, ó viceversa, la mujer en los del marido?

Nuestra opinión es negativa. Basta para razonarla tener en cuenta que el fundamento de la representación del cónyuge au-

sente por el presente estriba en la subsistencia del vínculo matrimonial. Desde el instante en que éste se disuelve por causa justa, probada, y recogida en la sentencia con fuerza de obligar irresistible, cesa la causa del precepto, y pues que deja de concurrir el hecho, mal se le podrá aplicar el derecho congruente.

Menor edad del cónyuge presente — Puede ocurrir que el cónyuge presente sea menor de edad.

Careciendo de plena capacidad jurídica, es llamada por la ley aquella persona que viene á suplirla, es á saber, el tutor.

De esta manera resuelve el Código, manteniendo incólume por tan sencillo modo el derecho preferente del cónyuge cuando sea menor, á la representación del ausente.

Pero este precepto, tan sencillo en la apariencia, envuelve dificultades graves cuando tratamos de acomodarlo á la práctica.

El Código dice: «Si el cónyuge presente fuere menor, se le proveerá de tutor en la forma ordinaria.»

Y la cuestión es ésta: ¿debe entenderse literalmente el artículo que estudiamos, ó deberá sobreponerse su espíritu, que á nosotros nos parece muy distinto del concepto que se forma con la simple lectura?

Y dado caso que hubiere de ser aplicado literalmente, ¿quiénes serán llamados á la tutela, y cuál será el límite de las atribuciones del tutor?

Puntos todos ellos que no dejan de presentar serios obstáculos.

Pongámonos en el siguiente caso. Contraen matrimonio un menor de diez y ocho años con una menor de la misma edad. Ambos tienen la fortuna de que sus padres vivan. No se tachará seguramente el caso de rebuscado é imposible. La ley lo prevé y con frecuencia lo presenta la realidad.

Quedan desde este momento emancipados. Sin embargo, el dulce lazo de la patria potestad no puede decirse en absoluto que se rompe, sino que se relaja, porque la corta edad de los contrayentes exige todavía la vigilancia de los padres para que, con su cariño y experiencia, eviten las consecuencias desgraciadas por lo que respecta al caudal que se seguirían de la plena libertad y administración del marido.

En efecto: el art. 314 del Código civil establece la emancipación por el matrimonio del menor, pero á renglón seguido, en l

artículo 315, pone la traba de los artículos 59 y párrafo 3.º del 50. Nada habremos de decir de este último.

Sienta el 59 que si el marido fuese menor de diez y ocho años no podrá administrar los bienes de la sociedad conyugal sin el consentimiento de su padre, en su defecto, sin el de su madre, y á falta de ambos, sin el del tutor; así como tampoco podrá comparecer en juicio sin la asistencia de dichas personas.

Compréndese que los bienes de la sociedad conyugal y los parafernales, si la administración la hubiese cedido la mujer á su marido, los administre éste, y que su falta de capacidad la supla el padre ó la madre ó el tutor, uno en defecto de otro.

Sentado el derecho, vámonos al punto de partida, ó sea al artículo 183 que comentamos, y valiéndonos del mismo ejemplo, supongamos que la mujer desaparece de su domicilio y que se ignora su paradero.

El marido, cónyuge presente, es menor como hemos supuesto. ¿Qué procede según el artículo que comentamos? Nombrarle un tutor: ¿por qué? Porque carece de capacidad por sí mismo para administrar los bienes de la sociedad conyugal y no puede consiguientemente representar á su consorte.

Pero por ventura, ¿no hemos visto que á pesar de la emancipación por el matrimonio, si el emancipado es menor de diez y ocho años, son los padres antes que el tutor los que deben otorgarle el consentimiento y los que deben asistirle para su comparecencia en juicio? Luego, ¿es que los padres habrán de ser los tutores, uno en defecto de otro, ó es que olvida el artículo que nos sirve de tema un precepto tan categórico como el del art. 59 y relega al desprecio la mención de los padres si existieren, cuando su derecho es cien veces más preferente que el que pueda ostentar el tutor? Nosotros no decimos que en defecto de los padres no venga el tutor; lo que sostenemos es que á pesar del precepto terminante del art. 183, si aquéllos existieren deberán ejercitar su derecho y habrán de ser los que presten el consentimiento á la administración.

Si se tratare de comparecer en juicio, la cuestión también es sencilla, porque al cabo el estado incierto de la persona, siempre que sea ésta la mujer, nada afecta á la representación de sus derechos por el marido. Según el art. 60, el marido es el representante de su mujer, y en el caso que el marido fuese menor, dicha

representación viene á ser suplida por la asistencia del padre, en su defecto de la madre y en el de ambos del tutor.

Nosotros, en el caso presente, no vemos la razón de postergar á los padres, imponiendo la autoridad del tutor ó constituyéndolos en tales, cuando es más augusto su derecho, proveniente de la paternidad.

Mas continuando el examen del artículo, notamos que éste dice: «si fuere menor,» cuyo concepto adolece de una generalidad muy dada á la confusión. Ya el marido ha cumplido los diez y ocho años; ya puede, según prescribe el art. 59, administrar los bienes de la sociedad conyugal; ¿necesitará que se le provea de tutor, porque, si bien es cierto que puede por derecho administrar los bienes conyugales, todavía es menor? Creemos que no. Hay que tener presente que en este primer período de la ausencia se trata de medidas interinas que no exceden de una sencilla administración. Si el marido intentase practicar actos de enajenación, ya provee la ley al particular y garantiza los bienes de la mujer. Solamente sería discutible la falta de capacidad del marido cuando tratare de representar en juicio derechos de su mujer, y entonces su incapacidad la suple: primero, el padre; segundo, la madre; tercero, el tutor.

En definitiva, no criticamos el principio de que siendo el cónyuge presente menor de diez y ocho años se le provea de persona capaz, no; el principio es justo: lo que censuramos es el olvido de los padres, y como consecuencia, la antinomia que resulta entre el art. 183 y los citados 59 y 60 del Código civil.

Estudiemos ahora el caso inverso: admitamos el supuesto de ser el marido el ausente: la mujer, cónyuge presente, es menor de edad y tiene padres. Su situación jurídica será la siguiente: emancipada por el matrimonio y libre de la patria potestad. Sin embargo, su menor edad le incapacitará para representar al ausente. ¿Quién suplirá esta incapacidad? ¿Cómo habremos de dar cumplimiento al precepto del artículo que comentamos, tan vago y oscuro? ¿Qué forma ordinaria de tutela es esa de que habla el Código?

La dificultad, á nuestro juicio, radica en la duplicidad de la representación. Veámoslo. La mujer es la representante legal de su marido ausente; la que ostenta la dirección de la sociedad conyugal mantenida por la presunción de vida del marido (ar-

tículo 1.441), salvo el caso en que la mujer hiciere uso del derecho que le confiere el art. 1.433. Mas como quiera que para el ejercicio de la expresada representación, necesita del auxilio de otra persona capaz, síguese que esta última está investida de una representación en cierto modo doble, constituyendo un caso difícil esta original tutoría establecida por el Código.

Admitiendo hipotéticamente la exactitud del segundo párrafo del art. 183, ¿quién será el llamado á desempeñar la tutela en el caso concreto que estamos exponiendo? ¿Será el padre? No lo creemos, porque goza de una facultad indestructible en el mero hecho de ser menor la esposa, no obstante la emancipación, cual es la de prestar su consentimiento para la administración y representarla en juicio. Es verdad que el art. 59 se ocupa del marido como administrador de la sociedad conyugal, pero la analogía no puede ser mas evidente, toda vez que, desaparecido el marido, la administración según el texto de los artículos 183 y 1.441, recae en la mujer. Dada, pues, una tan grande semejanza en los hechos, debe alcanzarles igual derecho. Por otra parte, sería antijurídico concederle como tutor lo que tiene como padre. Así es que desde este punto de mira opinamos que si la capacidad la presta el padre será como padre, pero no como tutor. Queda, pues, incumplido el art. 183.

Mas ahora bien: dada la preeminencia del marido en la sociedad matrimonial, preeminencia que se extiende á los padres y parientes de este último sobre los de la mujer, por lo que respecta á los derechos de representación, ¿cuáles serán preferidos y consiguientemente llamados á representar á la esposa? Opinamos que los padres del marido. A lo menos de este modo la autoridad vendra de la fuente principal de donde dimana y conservará su propia dirección. Notemos que cuando el marido no ha cumplido los diez y ocho años, son sus padres, y no los de la esposa, los llamados á prestar el consentimiento para la administración y la asistencia para comparecer ante los Tribunales.

¿Por qué esto? Porque el esposo es, á pesar de su menor edad, el jefe de la sociedad matrimonial. En el caso de la ausencia, la idea que conduce á otorgar á la mujer la representación de su marido es la presunción de la vida de éste que prevalece robusta. Luego derívase implícitamente que tratándose de una representación accidental y no de esencia, deben ser los padres del ma-

rido los que presten el consentimiento al objeto de que la esposa menor pueda desempeñar las funciones que la ley le confiere.

En defecto de los padres del marido deberán prestar la capacidad los padres de la mujer; entiéndase bien: el padre, y por su falta la madre.

Salvado de esta suerte el derecho preferente que corresponde á los padres, si éstos hubieren fallecido ó se hallaren incapacitados, preséntase como de molde la ocasión oportuna de conferir al tutor la representación de la cónyuge menor de edad.

¿Quiénes serán llamados? Los que por la ley ejercen la tutela legítima. Esto es indudable, á pesar del silencio del Código, toda vez que se trata de menores que si se hallan emancipados legalmente, necesitan del auxilio de sus padres ó de un tutor. Entonces volverá á resucitar la cuestión si, v. gr., concurrieren el abuelo materno del marido y el paterno de la mujer. Sin embargo, para salvar el escollo entendemos que, siempre y en todo caso, habrá de darse la preferencia á los parientes del marido sobre los de la esposa, sin desatender á éstos, colocándolos en segundo lugar dentro de cada uno de los órdenes establecidos por el Código civil.

Elegir de golpe y porrazo un tutor dativo cuya elección tiene que hacerla el consejo de familia, cuando existan parientes legítimos con derecho á la tutela, no obstante la emancipación de la menor, puesto que ésta no le confiere la independencia absoluta mientras no llegue á la mayor edad, nos parece despreciar derechos muy respetables, sobre todo cuando la tutela se funda en el mayor celo y solicitud por el menor, y dentro de las normas regulares del pensamiento es de presumir que muestren más interés los ligados por vínculos de parentesco que los extraños.

No rechazamos de ninguna manera que el tutor que se nombre á la menor sea elegido por el consejo de familia; pero nos ajustamos estrictamente al art. 231 del Código, que dice: «No habiendo tutor testamentario *ni personas llamadas por la ley á ejercer la tutela* vacante, corresponde al consejo de familia la elección de tutor en todos los casos del art. 200.»

Precisamente en la gradación que vamos estableciendo y en perfecta armonía con el espíritu, y hasta diremos la letra, del Código civil, somos de parecer que si no hubiere ó fuesen incapa-

ces las llamadas por la ley, se designará por el consejo de familia la persona que haya de desempeñar la tutela.

También dará lugar á cuestiones la composición del consejo de familia cuando haya necesidad de constituirlo para la elección de un tutor dativo que represente á la cónyuge menor en defecto de sus padres ó parientes llamados por la ley al desempeño de la tutela; pero entendemos que habrán de resolverse con sencillez, aplicando la regla que hemos dado, ó sea la de preferir, dentro de cada orden, los parientes del marido á los de la mujer.

Esta es la solución que nos parece más adecuada para salvar los escollos creados por el Código al estatuir tan original tutoría y dejar tan honda laguna, que para ser cegada necesita del concurso de múltiples artículos del Código civil y de las deducciones necesarias que por analogía son susceptibles de aplicación.

Decir *se le proveerá de tutor en la forma ordinaria*, tanto monta como no decir nada, y sólo sirve para involucrar una materia de suyo difícil y en la que el legislador debe andar con pasos contados y seguros.

Muy bien puede ocurrir que no estemos en lo cierto. Cuanto hemos expuesto no pasa de una opinión que no la reputamos infalible, sino sujeta al error, como todo lo humano; pero á buen seguro que los que mediten sobre el particular se harán cargo de la singularidad de la tutela que el Código ha establecido, y comprenderán el cúmulo de dificultades que encierra una solución exacta.

El Código ha querido salvar un vacío que sin duda se echaba de ver en el proyecto de 1851 al no prever que el cónyuge pudiera ser menor de edad, y para llenarlo no han encontrado sus redactores arbitrio más oportuno que decir de plano: «que se le provea de tutor en la forma ordinaria,» sin parar mientes en la *forma ordinaria* del precepto ni en las gravísimas dificultades que han de surgir apenas se presente el caso.

Nuestro buen deseo está patente, y cumplimos con el deber que nos hemos impuesto señalando la deficiencia y el error allí donde creemos hallarlo. Al resolver, según nuestro criterio la dificultad del artículo que comentamos, entendemos que, no obstante su terminancia, se impondrá el incumplimiento del mismo cuando existan los padres, siendo los cónyuges menores.

¿Cuáles serán las atribuciones del tutor de que hemos hablado?

No se debe alejar la atención de la materia propia del capítulo que estudiamos, que, como es sabido, se refiere á las medidas provisionales en casos de ausencia. Así, pues, las facultades del tutor se limitarán á suplir la incapacidad del confiado á su guarda en todos aquellos actos concernientes á la administración que no sea lícito verificar al menor.

El Código italiano, comprendiendo la dificultad de mantener la pureza de la teoría, ha optado por conceder al cónyuge lo que le correspondiere por las capitulaciones matrimoniales ó por título de herencia, y en caso de necesidad, una pensión alimenticia, regulada por las condiciones de la familia y patrimonio del ausente.

El Código francés concede á los esposos, cuando existiere comunidad de bienes, el derecho de disolver provisionalmente la comunidad ó de continuarla. Si se optare por este último extremo, deberá el cónyuge presente dar caución para el aseguramiento de las cosas afectas á la restitución, y esta caución será análoga á la que deben prestar los herederos presuntivos, según dispuso una sentencia de la *Cour* de París de 9 de Enero de 1826, citada por Rogron.

Además, establece el Código francés que si el cónyuge ausente no hubiere dejado parientes llamados á sucederle, el otro cónyuge podrá pedir se le ponga en posesión provisional de los bienes del ausente.

Observamos, pues, que nuestro Código tiende á favorecer al cónyuge presente, y entendemos que tal inclinación es digna de alabanza, lamentando amargamente que se haya incurrido en descuido censurable al pretender salvar el caso del cónyuge presente menor de edad.

Antes de pasar adelante en el examen del artículo, vamos á formular una pregunta.

¿Si el ausente hubiere apoderado á una persona distinta de su cónyuge, se considerará nulo el mandato y será la mujer única y exclusivamente la que, á tenor del artículo que estudiamos, represente al marido ausente?

Para resolver con acierto debemos distinguir según el poder se refiera á uno ó varios negocios determinados ó á toda la representación del cónyuge.

En el primer caso no nos cabe la menor duda que el mandato

será válido, máxime cuando fuese relativo á negocio especial en que la intervención de la mujer se hiciere difícil, como, v. gr, sucedería en negocios bursátiles ó en asuntos que, por desconocimiento del mismo, pudiera ser fácilmente víctima de engaños. El apoderamiento viene en cierto modo á conferir al ausente la cualidad de presente durante el plazo previo á la declaración de ausencia, y así como estando presente puede el marido apoderar á quien quisiere, de idéntica manera podrá hacerlo al emprender un largo viaje ó emigrar á lejanas tierras en busca de más próspera fortuna.

No se contrapone con el precepto del artículo que comentamos esta facultad.

Ahora bien: se sustentan encontradas opiniones y es legítima la duda en el caso en que el marido, desposeyendo á la mujer de sus propias facultades, tratase de conferir poder á una persona para que ostentara su representación en todos los actos. Entonces varía el aspecto de la cuestión, porque en cuanto se refiere á la administración de los bienes conyugales y á la representación del marido en cualquier acto que tome la razón de su existencia de la unión conyugal, parece deducirse que el espíritu del Código ha sido el de considerar preferente el derecho de la mujer.

Nos parece violento relegar á la mujer á un lugar secundario, sometiéndola á un apoderado, máxime cuando opinamos que la mujer tiene un derecho indiscutible, una especie de *representación legítima*, pero al mismo tiempo no dejamos de reconocer que el otorgamiento del poder por el marido aleja la presunción de la ausencia. Mantenemos nuestro dictamen con las naturales reservas de toda cuestión discutible, y si la índole de nuestra obra nos lo permitiera, entraríamos en la crítica de las opiniones contrarias, que, esto no obstante, nos merecen todo linaje de respeto.

Representación legítima del ausente.—Termina el artículo que estamos tratando con un párrafo que dice:

«A falta del cónyuge, representarán al ausente los padres, hijos y abuelos por el orden que establece el art. 220.»

Dicho artículo se ocupa de las personas aptas para desempeñar la tutela de los locos y sordo-mudos, y menciona:

Primero, al cónyuge no separado legalmente; *segundo*, al padre y en su caso la madre; *tercero*, á los hijos; *cuarto*, á los abue-

los; *quinto*, á los hermanos varones y á las hermanas que no estuvieren casadas, con la preferencia del doble vínculo de que habla el art. 211; habiendo varios hijos ó hermanos se preferirán los varones á las hembras, el mayor al menor, y concurriendo abuelos paternos y maternos, serán preferidos los varones, y siendo del mismo sexo, los de la línea paterna.

El particular del artículo, como es de referencia y narrativo, no necesita explicación. Sin embargo, aunque se nos tache de minuciosos, vamos á fijarnos un momento en un detalle. Dícese en el artículo que representarán al ausente los padres, hijos y abuelos, y no se menciona para nada á los comprendidos en el número 5.° del art. 220.

¿Querrá esta omisión significar que quedan excluídos de la representación del ausente en el tránsito á la declaración de ausencia, es decir, en este primer grado de la misma? Opinamos que no, y las razones que tenemos ya las hemos expuesto en el comentario del art. 181.

Además, avanzando hasta el cap. III del presente título, en el art. 187 se confiere la administración de los bienes del ausente á todos los mencionados en el art. 220, y por consiguiente, á los comprendidos en el núm. 5.°, ó sea á los hermanos varones y las hermanas que no estuvieren casadas, con la preferencia en el nombramiento del doble vínculo.

¿Y qué motivo hay para negarle lo menos al que tiene lo más? Creemos, pues, que el Código ha querido expresar lo que mantenemos, si bien ha caído en defecto por lo que concierne á la expresión.

Y si ascendemos al terreno teórico, aún se robustece y fortifica más nuestro aserto.

En efecto, si suponemos que después del abuelo, en lugar de los hermanos varones y hermanas solteras, por la omisión del Código, deben venir á la representación los herederos testamentarios si presentasen copia fehaciente del testamento, nos hallaríamos con la concurrencia de herederos presuntivos los primeros y de testamentarios los segundos.

La ciencia del Derecho aconseja preferir al heredero presuntivo, es decir, al llamado por la ley en la sucesión abintestato, como dice Leroy: 1.°, por el principio de que el testamento es un acto

esencialmente revocable, y 2.°, porque la situación del primero es menos precaria é insegura.

Rat ficamos nuestro criterio respecto á la interpretación que debe darse al último párrafo del art. 183 que ha sido objeto de nuestro estudio.

CAPÍTULO II

DE LA DECLARACIÓN DE AUSENCIA

Desarrollada ya la materia del primer capítulo, ontinuando el proceso que conduce á medida de su avance á la incertidumbre del sujeto de la relación jurídica, procede tratar del segundo grado de la ausencia, ó sea de aquella especial situación en que el transcurso del tiempo coloca al ausente, y por cuya eficacia los Tribunales, satisfaciendo legítimas esperanzas, declaran su estado legal, precursor de otro estado posterior, en el cual esas esperanzas se consolidan convirtiéndose en realidades.

El Código civil español, siguiendo el plan trazado por el Código Napoleón, desarrolla esta segunda fase en tres sencillos artículos que se ocupan: el primero, de establecer el plazo necesario para declarar la ausencia; el segundo, de las personas que pueden pedir su declaración, y el tercero, del espacio de tiempo que debe transcurrir desde la declaración judicial y su publicación en los periódicos oficiales hasta el momento en que comience á surtir sus efectos.

Art. 184. Pasados dos años sin haberse tenido noticia del ausente ó desde que se recibieron las últimas,

y cinco en el caso de que el ausente hubiere dejado persona encargada de la administración de los bienes, podrá declararse la ausencia.

Concordancias.—Análogo al párrafo 1.° del art. 313 del proyecto de Código de 1851 é igual al 150 del de 1882.

PRECEDENTES LEGALES.—*Ninguno.*

ART. 185. Podrán pedir la declaración de ausencia:

1.° El cónyuge presente.

2.° Los herederos instituídos en testamento, que presentaren copia fehaciente del mismo.

3.° Los parientes que hubieren de heredar abintestato.

4.° Los que tuvieren sobre los bienes del ausente algún derecho subordinado á la condición de su muerte.

Concordancias.—Análogos los casos 2.° y 4.° al párrafo 2.° del art. 313 del proyecto de Código de 1851 é igual al art. 151 del de 1882.

PRECEDENTES LEGALES.—*Ninguno.*

COMENTARIO DE LOS ARTÍCULOS 184 Y 185.—No puede ser más lacónico el precepto que vamos á estudiar.

Transcurridos dos años sin haberse tenido noticias del ausente ó desde que se recibieron las últimas, y cinco si hubiese dejado apoderado, podrá declararse la ausencia.

Si fuéramos á seguir el método adoptado por Rogron y Goyena en sus respectivos comentarios al Código francés y al proyecto de 1851, nuestra labor se reduciría á subrayar aquellas pa-

labras que movieron á duda y á explicar su significado. En rigor, tan sencillo artículo no requiere otra cosa. Para dar materia al comentario uniremos en uno los dos artículos.

Como se nota con la simple lectura, distingue el Código el caso en que el ausente hubiere dejado encargado de la administración de sus bienes de aquel otro en que desapareciere de su domicilio sin dejar apoderado, es decir, quedando abandonados los bienes ó bajo la guarda de su consorte, caso este último que debemos equiparar al segundo, dado el silencio del Código sobre el particular.

Hablaba Bigot Preameneu en la exposición de motivos relativa á la ausencia, de dos presunciones contrarias, originada la una por la carencia de noticias del ausente, promovida la otra por el curso de la vida ordinaria.

En efecto, cuando se ignoran toda clase de noticias de una persona, se pierde en absoluto su rastro y están abandonadas sus heredades, no se le puede reputar indiferente, mucho más si en el suelo nativo dejó girones de su alma entregados á sus hijos y esposa; hay que suponer fundadamente que su silencio se debe al hecho acaecido de su muerte; si se pierden sus huellas, hay que tener el triste presentimiento de que el ausente rindió su cuerpo á la tierra. Si su familia queda abandonada, hay asimismo que abrigar la sospecha de que con su fallecimiento se extinguieron los afectos.

Todas estas sospechas constituyen una presunción: la de la muerte.

Pero al propio tiempo hay que presumir igualmente que la vida sigue su curso y que extrañas contingencias pueden ser las causantes de la ausencia.

¿Es por acaso tan difícil que el que emigró á tierra extraña, allá en la lejanía pierda la razón y sea recluído en un manicomio? Vivo sigue, pero en su patria nadie sabe de él. Estas contingencias imprevistas, juntas con el lapso ordinario de tiempo que puede el hombre vivir, forman la otra presunción, la de la vida.

Cuando la ausencia se declara, la balanza está en el fiel; pudiéramos ahora, continuando el pensamiento de Bigot Preameneu, decir que á medida que van transcurriendo los años se va inclinando el platillo de la presunción de la muerte como si

del de la vida fueran trasladándose uno á uno los años representativos de la referida presunción.

Entre estas dos presunciones, que comienzan á contarse desde el momento de la desaparición, hay un punto de cruce de donde arranca el legislador para definir el estado del desaparecido y dar nacimiento á derechos legítimos que se irán consolidando y tornándose de esperanzas en realidades á compás del acrecentamiento de la incertidumbre del sujeto de la relación jurídica.

Este punto es aquel momento en que se encuentran ambas presunciones que en un principio equidistaban; al unirse crean un estado intermedio, es á saber, el de declaración de ausencia; luego vuelven á separarse cada vez más hasta aquel otro momento en que la de la vida se desvanece y la presunción de la muerte se confirma.

No es fácil fijar el primer momento; depende de mil diversas circunstancias; sin embargo, como los derechos no pueden quedar en el aire, hay que establecer, tomando como tipo la mayor frecuencia, el caso más en armonía con una razonable presunción.

Los Códigos disienten mucho en este particular.

El Código francés, norma de los demás en esta materia, exige cuatro años á contar de la desaparición ó desde que dejaron de recibirse noticias del ausente.

Siguen á éste, en cuanto al tiempo requerido, el portugués y el uruguayo.

Aumenta hasta cinco el guatemalteco; disminuye, en cambio, hasta tres el Código italiano.

Pero el que se adelanta más que ninguno es el Código civil de nuestro país, puesto que fija el plazo de dos años, que podrá ser tachado por muchos de escaso, y que lo es en rigor, atendida la previsión de las modernas legislaciones, que toman medidas interinas en el primer momento de la ausencia, para que nunca queden en el desamparo los intereses del desaparecido.

Se dirá que la suma facilidad de comunicaciones y noticias abrevia el tiempo, si vale la frase, y consiguientemente que no se necesita tanto como fijaron los Códigos redactados con anterioridad al nuestro.

Si se atuvieron los redactores á los preceptos de Montesquieu, bien está, porque pusieron de relieve el carácter franco y abierto

de los españoles y partieron del principio muy cierto de que si no se sabe de un español durante dos años, ha transcurrido bastante tiempo para reputarlo muerto. Esto podrá ser una fantasía, pero tiene muchos visos de verdad.

No han progresado tanto los medios de averiguación desde 1851 acá para reducir á la mitad el plazo que en aquel entonces estimaron necesario para la declaración de ausencia los civilistas de la época.

Y todavía podría ser atenuante de la excesiva brevedad si el Código español, mostrándose algo menos individualista, hubiese establecido, como necesarias, averiguaciones por parte de la autoridad judicial por medio de informaciones más extensas que las contenidas en los artículos de la ley de Enjuiciamiento civil de que más adelante hablaremos.

Porque, como decía con mucha razón el mismo autor ya citado, Bigot, en la sesión de 24 de Ventoso del año II de la República, «cuando los Tribunales, después de inútiles pesquisas, no hubiesen encontrado rastro alguno del paradero de la persona buscada, entonces existe la ausencia propiamente dicha.»

El Código español no dice nada relativamente á este particular, quedando en vigor el procedimiento fijado por la ley de Enjuiciamiento civil en los artículos 2.031 y siguientes, únicos que con las leyes de Partida citadas en los *Precedentes* constituían el derecho sustantivo y adjetivo de la ausencia.

Propiamente las reglas procesales de los artículos citados son demasiado civiles, ó lo que es lo mismo, quedan mucho á la voluntad de las partes, porque toda la actividad peculiar del Juez se reduce á la publicación de edictos llamando al ausente y la del Ministerio público á informar sobre las solemnidades del expediente y conveniencia de entregar la administración á los parientes que la solicitaren.

No hay una previa información ordenada por la autoridad judicial, y en la que debiera llevar la representación del ausente el Ministerio público, proponiendo aquellas medidas y pruebas conducentes á la averiguación de su paradero para poder después decir: «No ha sido posible hallar su rastro; existe la ausencia propiamente dicha.» Todo ello parte de la idea dominante en nuestro país de que los Tribunales no son gestores de negocios ajenos; cierto, pero algo más que lo que se dispone cabía hacer

en beneficio del ausente; que al cabo, de la declaración de estado incierto no se siguen provechos.

Puede la persona que va á emprender un largo viaje dejar un encargado de la administración de los bienes, y entonces el Código amplía á cinco años el plazo que ha de transcurrir para poder declarar la ausencia.

Algunos Códigos han seguido la misma regla, ya doblando el número de años exigido para el caso que hubiere desaparecido sin apoderar, v. gr., el italiano que prescribe seis, ya requiriendo mucho más tiempo, como el Código portugués que fija diez años. Otros Códigos han optado por un criterio invariable para los dos casos. En este número se encuentra el francés, que establece cuatro, y el de Guatemala, que fija cinco.

En el primer sistema se parte del principio de que la voluntad es manifiesta, de que el abandono no existe, de que si no hay noticia del paradero de la persona, hay en cambio otra que ostenta su representación por virtud de un contrato de mandato, y al mismo tiempo, como el lapso de un número determinado de años sin dar señales de vida, bien por correspondencia epistolar ó telegráfica, supone un descuido que no cabe presumir con arreglo á un criterio justo, surge entonces la presunción de incertidumbre de la existencia del ausente con la misma fuerza y robustez que en el caso primero, cuando no hubiere dejado apoderado.

Tres preguntas vamos á formular con relación al artículo que estamos estudiando, y son:

1.ª Para que surta sus efectos con respecto al mayor espacio de tiempo, ¿se necesitará que conste el mandato solemnemente, bastará un principio escrito de prueba, ó será suficiente el mandato verbal, si alguno con derecho á la administración de bienes promoviese expediente de declaración de ausencia pasados los dos años sin haberse tenido noticia del ausente?

2.ª Si el ausente hubiere apoderado para un solo negocio, dejando los demás abandonados, ¿se entenderá necesario el plazo de cinco años para declarar la ausencia?

3.ª Si el mandatario muriese, v. gr., al año de su mandato, ¿se sobreentenderá caducado el poder al efecto del art. 181, ó por el contrario, seguirá rigiendo el precepto que comentamos en cuanto atañe al tiempo de los cinco años?

Primera pregunta.—La contestación no puede ser más sencilla.

El Código, por no emplear palabras adecuadas, origina muchas dudas, y así pudiera acontecer con las siguientes frases: «En el caso que el ausente *hubiere dejado persona encargada* de la administración de los bienes», si otros preceptos no vinieran á solventar las interpretaciones derivadas, dejando subsistente la única legítima.

En efecto, ¿qué contrato es éste que el Código significa con las palabras «dejar encargada la administración de los bienes?» Bien claro está: el contrato de mandato. ¿Qué es el mandato, según el art. 1.709 del Código civil? «Un contrato por cuya virtud se obliga una persona á prestar algún servicio ó hacer alguna cosa por cuenta ó *encargo* de otra.»

Visto, pues, que se trata de un mandato, retrotraigámonos al objeto de la pregunta, y aunque leamos en el art. 1.710 que el mandato puede ser expreso y tácito, y el primero puede conferirse por instrumento público ó privado y aun de palabra, fijémonos en el cap. III del tít. II del libro cuarto, que se ocupa de la eficacia de los contratos, y allí, en el art. 1.280, núm. 5.º veremos consignado que deberán constar en documento público. «El poder para contraer matrimonio, el general para pleitos y los especiales que deban presentarse en juicio; *el poder para administrar bienes* y cualquier otro que tenga por objeto un acto redactado ó que deba redactarse en escritura pública ó haya de perjudicar á tercero.»

Ahora bien: como el poder es la forma externa del contrato de mandato, es evidente que si en el caso que hemos supuesto se promoviese expediente de declaración de ausencia por una persona que tuviese derecho á la administración, y el apoderado por el ausente no ostentara su mandato en documento público, se promovería una duda verdaderamente original, porque de un lado combatiría el espíritu que se trasluce, es á saber, que cuando el ausente muestra su voluntad en orden al cuidado de sus bienes por conducto del apoderamiento, debe ésta respetarse hasta pasado el plazo de quinto año, y de otro luchará con fuerza poderosa la eficacia del contrato, que reducirá á la nada el mandato celebrado. Sin embargo de lo mucho que pesa la manifiesta idea del legislador, opinamos que, siendo ineficaz el mandato, se

entenderá como no contraído, y por tanto, procederá designar al ausente representante legítimo, á tenor del art. 181.

Sin embargo, conciliando el espíritu y la letra, opinamos que deberá respetarse la voluntad del ausente al conferir encargo de la administración de sus bienes, y se necesitará el plazo de cinco años transcurridos para declarar la ausencia.

Resumiendo: conformes con el Código, decimos que es condición indispensable que el mandato conste en documento público para los efectos de la administración por el mandatario, mas no respecto al tiempo prescrito. Esta solución es la que nos parece más ajustada al texto del Código y á la idea que ha presidido á su redacción.

Segunda pregunta.—El caso es muy distinto del anterior.

Entendemos que no será necesario el plazo de cinco años cuando el apoderamiento se hubiese extendido á un solo negocio, quedando los demás en el abandono. Nos fundamos para responder negativamente, en que así como cuando se dejan abandonados todos los bienes se imponen las presunciones desde el primer momento, así también en este caso debemos partir del supuesto de que el ausente proyectaba regresar pronto, siendo la desaparición repentina más inclinada á la presunción de su muerte, y por tanto, más inmediata á la pronta declaración de ausencia. No vale decir que está manifiesta su voluntad por virtud del mandato, porque esta singularidad no destruye la presunción general.

Tercera pregunta.—Su respuesta es la más sencilla de todas. Como la muerte del mandatario es caso de fuerza mayor que no pudo prever la voluntad del mandante, ésta permanece incólume, y en su consecuencia, la presunción de su presencia en ausencia conserva su virtualidad. Procederá la designación de persona que le represente, y transcurridos los cinco años, si no se tuvieren noticias del paradero del ausente, la declaración de ausencia.

Veamos ahora quiénes están facultados para pedir dicha declaración.

No puede, en puridad, decirse que la ley de Enjuiciamiento civil, en sus artículos 2.031 y siguientes, sea un precedente de la doctrina sentada por el Código civil en el art. 185.

En la expresada ley se proveyó á las necesidades que la rea-

lidad presentaba y se acogió la costumbre de antiguo seguida y consignada por el Tribunal Supremo de Justicia en sentencia de 13 de Diciembre de 1864, en uno de cuyos considerandos se lee «que cuando no concurren todas las circunstancias que se acaban de enunciar, la ley 14, tít. XIV, Part 3.ª, exige que no baste la prueba de la fama, sino que hayan de presentarse testigos que hayan visto al muerto y su enterramiento, siendo además una costumbre usada de antiguo y fielmente guardada que cuando se ignore el paradero, y por consiguiente la existencia de una persona largo tiempo ausente ó desaparecida y no existan las pruebas que se han detallado en los dos precedentes considerandos ni los testigos de vista que se acaban de referir, se otorgue bajo fianza la administración judicial de los bienes del ausente á los parientes más próximos que tendrían derecho para heredarle abintestato.»

En rigor, aquí no se trataba de una declaración de ausencia solemne verificada por el Juzgado; la ausencia se presumía tácitamente por el mero hecho de autorizar á los herederos legítimos para pedir y obtener la administración de bienes del ausente. De suerte que si de un modo directo no puede reputarse antecedente, por analogía puede estimarse como el trámite que venía á suplir la declaración de ausencia, puesto que implícitamente la envolvía.

El Código reconoce en primer lugar el derecho á pedir la declaración de ausencia al cónyuge presente.

Discrepa en esto de la generalidad de los Códigos, porque al paso que el francés se limita á decir «partes interesadas,» entre las cuales incluye Rogron á los herederos presuntivos y en general á todos los que tengan a gún derecho subordinado á la condición de la muerte del ausente, otros, como el italiano, reservan la acción de petición de declaración de ausencia á los herederos legítimos en concurrencia con los testamentarios, y nuestro proyecto de 1851 tampoco mencionaba al cónyuge, poniendo en primer lugar á los herederos presuntivos, legítimos ó instituídos en testamento abierto.

Estamos más conformes con el reconocimiento que hace el Código vigente de los derechos de la mujer.

Sobre todo, habiendo establecido el principio de que el cónyuge represente al ausente, es un corolario indeclinable el precepto este que tratamos.

Mientras la presunción de vida persista, no hay razón abonada ninguna para disolver provisionalmente por ministerio de la ley la sociedad conyugal. Antes al contrario, continuará subsistente, salvo el caso previsto en el art. 1.433, hasta tanto que, declarada la presunción de muerte, vayan los bienes del ausente, por el camino de la sucesión, á recaer en cabeza de los que ostenten un derecho legítimo á ellos, ora por virtud de institución en testamento, ora por designación de la ley.

Coloca en segundo lugar á los herederos instituídos en testamento, siempre que presentaren copia fehaciente del mismo.

Esto induce á declarar que el testamento habrá de ser abierto, porque si fuere cerrado mal podrá presentarse la expresada copia sin quebrantar el silencio que su naturaleza jurídica le comunica.

El Código de 1851 preveía el caso de que existiera un testamento cerrado y disponía que se abriera á instancia de cualquiera que creyese tener derecho á él.

Nos parece esta determinación muy peligrosa y contraria al carácter fundamental de la última voluntad otorgada en la forma dicha, y como, por otra parte, el silencio del Código civil no puede achacarse á olvido, sino á previsión digna de elogio, entendemos, tal es nuestro criterio, que sólo el que presentase la copia de un testamento abierto en el que se le instituyere heredero tendrá derecho á pedir la declaración de ausencia del testador.

Conceptuamos, además, que no es suficiente la sospecha del que cree que el testador le ha instituído, para romper el nudo que traba el pliego y pregonar su contenido.

Cuando el Código calla, algo significa su silencio, y sobre todo, la ley de Enjuiciamiento civil sólo consiente la diligencia de apertura de un testamento cerrado por causa de fallecimiento del otorgante.

Ya hemos dicho en el comentario del art. 183 que, en teoría, debiera preferirse el heredero presuntivo al testamentario, y dábamos las razones de Leroy. El Código civil, sin embargo, no las toma en cuenta, y posterga á los herederos legítimos, colocándolos en tercer lugar.

No afecta esto ni poco ni mucho á los bienes del ausente, puesto que sólo se trata de la declaración de la ausencia; pero no

existiendo, como no existe, razón de peso para colocar primero á los herederos testamentarios que á los ab-intestato, llevando éstos en su abono la permanencia de su estado y los otros, en su perjuicio la revocabilidad del testamento, no debiera haberse separado el Código del principio científico en esta cuestión.

Ocurre preguntar: el hijo adoptivo á quien se hubiere prometido por su padre adoptante en la escritura de adopción instituirle heredero, ¿deberá reputársele con derecho á pedir la declaración de ausencia del adoptante en ignorado paradero? Entendemos que sí.

El adoptado, por el mero hecho de la promesa expresada, adquiere la condición de heredero ab-intestato del adoptante, según expresamente lo reconoce el art. 177 del Código civil. Gozando de esta condición, no cabe la menor duda de que está comprendido dentro del núm. 3.º del art. 185 que estamos estudiando.

Cierto es que no puede calificársele de pariente en el sentido que se ocupa el Código con relación á este caso, pero sí está ligado al adoptante por un vínculo legal, y éste ejerce la potestad sobre el hijo adoptivo menor de edad.

En último lugar coloca el Código á los que tuvieren sobre los bienes del ausente algún derecho subordinado á la condición de su muerte. Compréndense principalmente los legatarios, si fuese conocido el legado; también aquel á cuyo favor se hubiere constituído seguro por una persona que hubiere querido favorecerle sin herir su susceptibilidad, porque evidente es que su derecho depende del fallecimiento del asegurador, etc.

¿Quiere decir el orden numeral en que el Código coloca á las personas que tienen derecho á pedir la declaración de ausencia, que sólo en defecto unas de otras adquieren la expresada facultad?

En nuestro sentir, dicho orden determina la preferencia de los que concurriesen, como, v. gr., sucede con los acreedores en un concurso á tenor de la calidad de sus créditos.

Ahora bien: si transcurridos los dos años incoase el expediente, v. gr., un legatario y los demás designados en los tres números precedentes no hubieren formulado en forma su derecho, el Juzgado habrá de deferir al pedimento del legatario.

ART. 186. La declaración judicial de ausencia no surtirá efecto hasta seis meses después de su publicación en los periódicos oficiales.

Concordancias.—Análogo al art. 317 del proyecto de Código de 1851 é igual al 152 del de 1882.

PRECEDENTES LEGALES.—*Ninguno.*

COMENTARIO.—Lleva aneja este artículo la materia relativa al procedimiento que deberá seguirse para obtener la declaración de ausencia. Mientras tanto no se dicte el auto en que así conste, no se podrá insertar en los periódicos oficiales y tampoco, como es natural, empezará á correr el plazo de seis meses que requiere el presente artículo para que surta sus efectos la referida declaración judicial.

Este plazo intermedio entre la firmeza del auto en que se declare el estado incierto de la persona y el momento en que empiece á surtir sus efectos, es una espera legal muy razonable y muy justa concedida como último respiro al ausente para que se persone en el lugar de su domicilio á ejercitar sus derechos abandonados, y al mismo tiempo como respeto á la presunción de vida que se aproxima al momento en que, perdiendo robustez, comienza á prestársela á la presunción de muerte.

Los Códigos extranjeros que nos han dado el ejemplo, cuál más, cuál menos, todos consignan ese plazo respetable en una forma ó en otra.

De la declaración de incertidumbre de la existencia del ausente pende el derecho de las personas referidas en el art. 187, en relación con el 200, á entrar en la administración de los bienes de aquél. Si, pues, esta declaración es la llave que abre las puertas de la expresada facultad, parece lógico acumular toda clase de formalidades que garanticen el derecho del ausente y eviten que así á la ligera se pronuncie una declaración de estado que tan transcendentales efectos produce.

Respecto del procedimiento, creemos que en cuanto sea congruente con el texto del Código, débese seguir el establecido por los artículos 2.032 y siguientes de la ley de Enjuiciamiento civil.

Procuraremos condensarlo en el más breve espacio posible.

La persona que se encontrase comprendida en cualesquiera de los cuatro números del art. 185 y quisiere promover el expediente de declaración de ausencia ejercitando la acción que el Código le concede, deberá deducir su pretensión ante el Juzgado del último domicilio del ausente, presentando con el escrito en que expusiere su derecho los documentos que lo justifiquen, ó sean aquellos que demuestren su condición de cónyuge ó pariente del desaparecido. Si fuere heredero testamentario, acompañará copia fehaciente del testamento. Deberá ofrecer información sobre la ausencia é ignorado paradero de la persona de que se trate, fecha ó época en que se hubiere ausentado y desde cuándo no se tienen noticias de su existencia.

Con citación del Ministerio fiscal el Juez recibirá la información, que habrá de ser por lo menos de tres testigos, de cuyo conocimiento dará fe el actuario.

Si de la información que se practique resultare justificada la ausencia por el transcurso de dos años, se publicarán dos edictos, con intervalo y término de dos meses cada uno, llamando al ausente. Dichos edictos se fijarán en el lugar del último domicilio de éste y en el de los bienes del mismo, y se insertarán en la *Gaceta de Madrid* y *Boletín Oficial* de la provincia.

Transcurrido el término de los segundos edictos se pasará el expediente al Ministerio fiscal por seis días para que emita su dictamen sobre las diligencias practicadas y conveniencias de la declaración pretendida, así como respecto de la subsanación de cualquier falta que se hubiese podido cometer, y el Juez dictará auto declarando la ausencia, cuyo auto habrá de insertarse en los periódicos oficiales.

En el ínterin continuará representando al ausente el que ostentare la representación legítima ó hubiere sido nombrado por el Juzgado.

Este es el procedimiento que creemos habrá de seguirse.

CAPÍTULO III

DE LA ADMINISTRACIÓN DE LOS BIENES DEL AUSENTE

Transcurridos los dos años, durante los cuales la personalidad del ausente en ignorado paradero permanece subsistente mantenida por dos fuerzas contrarias exactamente iguales, á saber: la presunción de la existencia mantenida por el curso ordinario de la vida, y la de muerte por la carencia de noticias, y vencida aquélla en el primer grado, viene la declaración de ausencia á comunicar cierta estabilidad á las esperanzas de los herederos, creando ese estado de incertidumbre más inclinado al supuesto de la inexistencia del sujeto del derecho.

La administración interina de los bienes del ausente cesa, sustituyéndola una administración definitiva con efectos diversos de la anterior, con facultades en el administrador más amplias, con rendimientos más seguros, con avance, finalmente, en la consolidación de los derechos, toda vez que la posesión provisional que consigo lleva la administración puede tornarse en definitiva por el transcurso del tiempo y la presunción declarada de muerte del ausente en aquellos casos en que la persona llamada á la administración y á la herencia sea la misma.

El capítulo presente señala, pues, los preceptos generales que regulan dicha administración, y en los cuatro artículos de que consta determina las personas que gozan del derecho de administrar los bienes del ausente, establece las facultades del cónyuge cuando sea el administrador, y por último, enumera los casos en que cesa la administración.

De estos cuatro artículos vamos á ocuparnos, armonizándolos, en cuanto admitan la conciliación, con los artículos correspondientes de la ley de Enjuiciamiento civil, señalando las diferencias y exponiendo nuestro imparcial criterio respecto de los defectos y vacíos que notemos.

ART. 187. La administración de los bienes del ausente se conferirá por el orden que establece el art. 220 á las personas mencionadas en el mismo.

Concordancias.—Igual al art. 153 del proyecto de Código de 1882.

PRECEDENTES LEGALES.—*Ninguno.*

COMENTARIO.—El Código civil, al llamar á la administración de los bienes del ausente á las personas designadas en el art. 220 para la tutela de los locos ó sordo-mudos, reforma el único precedente legal que existía antes de la promulgación del Código que estudiamos. Es el dicho precedente el art. 2.031 de la ley de Enjuiciamiento civil, cuyo texto es como sigue:

«Cuando por más de dos años se ignore el paradero de una persona que se hubiere ausentado de su domicilio dejando abandonados sus bienes y no pueda justificarse su defunción, cualquiera de los parientes más próximos que hubieran de ser sus

herederos abintestato, podrá pedir que se le entregue bajo fianza la administración de dichos bienes.»

El art. 220 del Código civil coloca á las personas llamadas por la ley á la administración de los bienes del ausente en este orden:

Primero, el cónyuge no separado legalmente; *segundo*, el padre, y en su caso la madre; *tercero*, los hijos; *cuarto*, los abuelos; *quinto*, los hermanos varones y las hermanas que no estuviesen casadas, con la preferencia de hermanos de doble vínculo sobre los consanguíneos y uterinos. Añade el Código que si concurrieren abuelos paternos y maternos, serán preferidos los varones, y siendo del mismo sexo, los de la línea del padre.

Parangonando ambos artículos, puestos, uno á continuación del otro, se observa que ambos conceden la administración á los parientes, por la razón notoria del mayor celo y esmero que pondrán en el cuidado de los bienes, y porque ninguna persona más indicada que la que tiene lazo de parentesco, y el día de mañana puede heredar al ausente. Nótase también que todas las personas enumeradas en el art. 220 á quienes la ley confiere la administración, son llamadas en la sucesión legítima, aunque no en el orden del artículo que hemos tanscrito.

La ley de Enjuiciamiento llamaba á los parientes ab-intestato más próximos, y si bien en el caso de que concurriesen varios, la ley convocaba á junta para que se pusiesen de acuerdo acerca de cuál de ellos había de ser designado administrador, y si no se avenían, tenía el Juez plena libertad de nombrar al que estimase procedente, claro está que la regla del nombramiento no había de ser otra que la proximidad del parentesco con el ausente.

Nuestro Código, con acuerdo digno de alabanza, designa á los herederos legítimos, pero quebranta el orden de la sucesión, mientras tanto exista la presunción de vida que sólo puede aniquilarla el hecho comprobado de la muerte del ausente ó el lapso de tiempo fijado por la ley.

¿Qué es, después de todo, si se nos permite la analogía, el ausente sino un sordo mudo ínterin la ley mantenga el supuesto de su vida? Allá en ignorado paradero, sin comunicación, sin trato con sus parientes ó con aquellos amigos de su país á quienes encomendar el cuidado de los bienes que un día dejara abandonados, ¿no se parece su situación á la de aquél que, por inutilidad

de los órganos que expresan el pensamiento, está aislado de sus semejantes, porque la opacidad de sus sentidos no permite que llegue á los que le rodean la luz de su inteligencia? Pues hé aquí la analogía que el Código ha buscado, partiendo siempre de la presunción de vida del ausente, analogía que nosotros aplaudimos sin reserva, porque vemos en ella una lógica derivación de los principios jurídicos esenciales que informan la ausencia.

El proyecto de 1851 llamaba primero á los herederos testamentarios, en su defecto á los legítimos y aun á los legatarios, donatarios y personas que tuvieren sobre los bienes del ausente algún derecho subordinado á la condición de su muerte (artículo 318).

Ya hicimos notar lo defectuoso del artículo que contrariaba, no solamente el espíritu de la ausencia, sino también los principios que la ciencia del Derecho establece con respecto á la preferencia de los herederos legítimos sobre los testamentarios. Desde luego consideramos un evidente progreso el artículo cuyo estudio nos ocupa.

Tratémosle ahora separadamente por cada uno de sus números.

Primero. «El cónyuge no separado legalmente.» La sociedad conyugal subsiste. La mujer es la representante de su marido en ausencia; justo es que tenga la administración.

No es tan nuevo como parece este precepto, y basta tender una mirada sobre la legislación aragonesa.

En el fuero *Ut fratres vel propinqui absentis* se consigna de un modo absoluto la pertenencia de la administración de los bienes del ausente á sus parientes, llamados por fuero á herencia intestada; pero á pesar de tan terminante fuero, existe la observancia 27 de *jure dotium*, libro quinto, en cuya virtud corresponde á la esposa la administración, á no haber dejado el marido administrador especial.

No se necesita más demostración del perfecto derecho del cónyuge presente a la administración de los bienes del ausente.

No hay que mirar el llamamiento por el objetivo de una sucesión provisional como lo hizo el proyecto de 1851, sino por el de una incapacidad como lo verifica el Código vigente.

Segundo. Designa el Código antes que los hijos del ausente á sus ascendientes, el padre, y en su defecto la madre. Es una ver-

dad reconocida que el cariño de los padres para con los hijos es mayor que el de los hijos para con los padres, y seguramente teniendo en cuenta esto, señaló el Código al ocuparse de la tutela de aquéllos que en vida de sus ascendientes se incapacitan, á las personas que más solícitos cuidados habrán de prestar al desgraciado demente ó sordo-mudo. No requieren menos solicitudes los bienes del ausente; por esto llama el Código á los padres antes que al hijo.

Tercero. Vienen luego los hijos, que completan el círculo estrecho de las relaciones familiares del ausente: cónyuge, padres é hijos.

Cuarto. Fuera ya de este cerco del parentesco inmediato, son los abuelos preferidos á los colaterales, porque en éstos últimos la lejanía del parentesco implica la disminución del afecto, y por tanto, de los actos que lo manifiestan, contándose entre éstos el cuidado de los bienes.

Quinto. Por último, los hermanos varones y las hermanas solteras del ausente son los parientes llamados en defecto de todos los anteriores á la administración de los bienes, porque siempre la ley concibe mayor afecto entre parientes que entre extraños, siquiera en muchas ocasiones haga más la amistad que el parentesco.

La exclusión absoluta de los herederos testamentarios sólo se explica por la semejanza mantenida con la tutela del demente y sordo mudo, y por el apartamiento meditado de toda idea de sucesión provisional.

Hasta aquí el Código camina á compás del desenvolvimiento jurídico de la ausencia; pero se detiene, y no prevé el caso de un ausente sin cónyuge, ni ascendientes, ni descendientes y hermanos. ¿Quiénes vendrán á desempeñar la administración de sus bienes? Parécenos indudable que los parientes colaterales que hubieren de sucederle ab-intestato, no porque entonces predomine ya la idea sucesoria sobre la de protección, sino porque sería contraproducente que habiendo parientes, vinieran los extraños á incautarse de la administración de los bienes del ausente. De suerte que los preceptos de la ley de Enjuiciamiento civil contenidos en los artículos 2.031, 2.036, 2.037, 2.038 y 2.039 vendrán á constituir el derecho supletorio cuando no sea posible aplicar el contenido en el artículo del Código por la falta de las personas designadas en el mismo.

A fianzamiento de la administración de los bienes del ausente.— Dispone el art. 2.040 de la ley de Enjuiciamiento civil, que el administrador nombrado deberá prestar fianza, á satisfacción del Juez, en cantidad suficiente á responder de lo que produzcan los bienes, en cinco años por lo menos. Establece además que la fianza podrá ser de cualquiera de las clases que reconoce el derecho, menos la personal, y finalmente, dispone que para fijar la cuantía, podrá el Juez ordenar, si lo cree necesario, que se tase el valor en renta de los bienes por un perito de su elección.

¿Se entenderán vigentes estas disposiciones en su totalidad? El Código civil guarda silencio, siendo esto tanto más extraño, cuanto que habiendo legislado ampliamente respecto del afianzamiento de la tutela, hubiera bastado un brevísimo artículo de referencia, para llenar el vacío que hoy se nota y disipar toda duda.

Al desempeño de la administración de los bienes del ausente tienen derecho preferentísimo algunas personas que la ley de Enjuiciamiento civil no mencionaba, v. gr., el cónyuge. Y en cuanto á las demás, observamos que ha sido alterado el orden de preferencia.

Nosotros creemos que desde el instante en que principió á regir el derecho civil novísimo contenido en el Código, el precepto del art. 2.040 quebrantóse hondamente en su vigor. No queremos con esto significar que ya no rige. Su espíritu predomina y el afianzamiento que en él se establece debe ser respetado y cumplido; pero atemperándose á las nuevas condiciones de vida, bajo las cuales la institución de la ausencia se desarrolla.

Si el derecho positivo ha variado, si lo que antes eran elementos dispersos en el vastísimo campo de nuestras leyes patrimoniales, ha sido recogido, completado, organizado, en una palabra, formándose un cuerpo armónico de doctrina, ¿habrá de permanecer invariable el derecho adjetivo?

Claro es que no. Estudiemos, pues, las variantes que en nuestro sentir deben introducirse.

Si el cónyuge ausente es la mujer, como quiera que la sociedad conyugal continúa y el marido ejerce por su propio derecho la administración de los bienes, es incuestionable que no deberá constituir fianza. Por otra parte, como el marido está obligado á asegurar con hipoteca los bienes dotales estimados, los mue-

bles inestimados y los bienes muebles parafernales que recibiere en administración por ante Notario, dicha hipoteca es la más cumplida de las seguridades que se le pueden exigir, y obligarle de nuevo á constituir fianza, equivaldría á duplicar las garantías contra el terminante mandato de la ley.

Existe además otra consideración de mucha importancia en favor de la tesis que sostenemos. Téngase presente que el artículo 1.354, previendo el caso en que el marido careciese de bienes propios con que constituir la hipoteca de que trata el art. 1.349, establece que quedará obligado á constituirla con los primeros que adquiera.

No le priva de la administración de la sociedad matrimonial, aunque no pueda constituir garantía hipotecaria, y á lo sumo, según dispone el art. 1.355, se depositarán á nombre de la mujer, y con conocimiento del marido, los efectos públicos y valores cotizables, mientras que su importe no se halle garantido con la debida hipoteca.

Si, pues, el Código, aun en el caso de la insolvencia del marido, no impone como condición precisa para que pueda administrar los bienes de la sociedad conyugal la prestación de fianza, no hay fundamento autorizado ni razón de peso suficiente para hacer depender la administración del marido en ausencia de su mujer, de la constitución de una garantía hipotecaria ó pignoraticia.

Esto no obstante, podrá acordarse el depósito de los valores indicados en el art. 1.355 y de los bienes muebles que en el concepto de parafernales hayan de entrar en la administración del marido, siempre que unos y otros no estén suficientemente asegurados con hipoteca, á petición del padre ó la madre de la mujer ausente, del que hubiere dado los bienes dotales ó parafernales, del tutor, protutor y vocales del consejo de familia, cuando la mujer fuese de menor edad y, en último extremo, del Ministerio fiscal, de oficio ó á solicitud de cualquiera persona.

Cuando sea el marido el cónyuge ausente, y la mujer, á tenor del precepto legal, entre en la administración de los bienes de la sociedad conyugal, tampoco necesitará prestar fianza, tanto porque respecto de los bienes inmuebles propios del marido no cabe la posibilidad de ningún peligro, desde el instante que la inscripción á su nombre los salvaguarda, cuanto porque, á tenor del ar-

tículo 188, en armónica relación con los 1.442 y 1.444, la mujer no podrá enajenar ni permutar bienes de ninguna clase que sean propios del marido, si antes no obtiene la herencia judicial y justifica la conveniencia ó necesidad de la enajenación.

Y nada habremos de exponer respecto de las rentas ó productos de los bienes conyugales, porque siendo el destino de éstas el levantamiento de las cargas anexas al matrimonio, es llano que constituyen una propiedad del cónyuge, de la cual, por su peculiar condición jurídica y el fin á que se consagra, no ha menester que la garantice con fianza. Muy bien pudiera el capital de la sociedad matrimonial estar constituído exclusivamente por los bienes dotales y las rentas de los parafernales, y entonces se daría el caso anormal y antijurídico de que la mujer afianzase lo suyo propio.

Opinamos, asimismo, que los padres y abuelos también están exentos de la obligación de afianzar, y la razón salta á la vista.

La administración de los bienes del ausente viene en último resultado á constituir una especie de curaduría del que por su ausencia es incapaz de atender al cuidado que sus bienes exigen, y si para la guarda de los que requieren de la representación del tutor, ni el padre, ni la madre, ni los abuelos necesitan prestar fianza, porque la ley presume que no cabe, sin inferir agravio á la dignidad humana, suponer que los referidos ascendientes han de enriquecerse en perjuicio del menor ó del incapaz, dedúcese con fuerza incontrastable que tampoco habrán de necesitarla para administrar los bienes del ausente.

Otra cosa sucederá cuando recaiga la administración de los bienes del ausente en los hermanos ó demás parientes colaterales. El parentesco ya no tiene la garantía de la intimidad, es, por el contrario, más distante; el interés en la generalidad de las ocasiones ha de ser mucho menor; es factible que germine la codicia por la pronta posesión del caudal, y que la ocultación y el fraude sean los servidores de dicho funesto y reprensible sentimiento.

A evitar todos estos males tiende la fianza prescrita en el artículo 2 040 de la ley de Enjuiciamiento civil.

Un ilustrado comentarista del Código civil opina, que en ta no se introduzcan en la ley de Enjuiciamiento las reformas q exige el nuevo régimen legal, creado por el Código, habrá c estar á lo dispuesto en los artículos 2.036 al 2.042 inclusive d

misma ley, en cuanto éstos sean compatibles con los principios establecidos en dicho Código.

De este dictamen ó parecer se desprende una conclusión completamente discordante con las reglas que acabamos de exponer. El art. 2.040 de la ley adjetiva civil dispone preceptivamente, y sin género ninguno de excepción, que el administrador nombrado deberá prestar fianza á satisfacción del Juez en cantidad suficiente á responder de lo que produzcan los bienes en cinco años por lo menos. Así es que, según el criterio del Sr. Manresa, que es el escritor á que antes aludíamos, el padre, la madre, los abuelos y los hijos, deben asegurar los resultados de su administración. Si no es este el pensamiento del respetable y autorizado autor de los comentarios á la ley de Enjuiciamiento civil; si hay que concordar el art. 2 040 con los principios sentados en el Código, sobre la base de una amplia compatibilidad, entonces queda muy desmedrada la vigencia del art. 2.040, y sin duda así ha debido comprenderlo el Sr. Manresa, cuando á renglón seguido, y á pesar de lo absoluto de los términos en que aparece redactado el susodicho artículo, admite con nosotros que no debe regir para el caso de ser el cónyuge presente el administrador.

Roto el muro, y admitida la excepción por la brecha de la compatibilidad de los principios, no hay fundamento para eximir al cónyuge presente y obligar á los padres y á los abuelos á constituir fianza.

¿No crea la ley en este caso una protección análoga á la que presta al demente ó sordo-mudo? ¿No desecha el Código toda presunción sucesoria, y de ahí el alejamiento de los herederos testamentarios? ¿No caminamos en esto de consuno y sin la menor discrepancia el Sr. Manresa y nosotros, muy honrados con tan grata compañía? Pues si el Código busca la semejanza con la tutela de los locos y sordo-mudos, es mucho más jurídica, ya que la transigencia de los principios es la norma á que ha de acomodarse la aplicación del art. 2.040, nuestra tesis de que los padres y los abuelos están exentos de afianzar, que la sustentada de contrario, obligándoles á constituir hipoteca ó prenda. La distinta solución que nosotros damos al problema, acaso dependa del diverso punto de mira que adoptamos.

El Sr. Manresa lo estudia con un criterio cerrado y sin consideración á los principios universales del derecho, olvidando la

presunción del cariño paternal á trueque de mantener la letra de un precepto adjetivo, imposible de armonizar con la idea que informa el art. 187 del Código civil.

Nosotros prescindimos cuanto nos es lícito del doctrinarismo, y desligados de esta traba, hija por línea recta de lo convencional jurídico, resolvemos con un criterio libre encaminado á descubrir el pensamiento del legislador.

Sobre todo, no podemos comprender que el padre que atiende solícito al cuidado de su hijo demente ó sordo-mudo y le administra sus bienes con celo cariñoso, esté exento de afianzar; y ese mismo padre á quien la ley le encomienda la administración de los bienes de su hijo ausente, haya de constituir una garantía real. ¿Por ventura no llama el Código civil al padre en el art. 187 porque fundadamente presume que en él debe depositar toda su confianza?

Pues el Código haría traición á su propio pensamiento si obligase al padre á afianzar.

La fianza se exige á la persona de quien se desconfía, no á aquella otra que presta con su cariño todas las seguridades imaginables.

Plus cautionis ni re est, quam in persona dice Pomponio; pero nosotros podemos oponer que la caución moral de un padre ó un abuelo es más que todas las cauciones reales juntas.

No estamos, en modo alguno, conformes respecto de este particular con el Sr. Manresa, y ciertamente no es por amor propio, sino por íntimo convencimiento.

El art. 2.040 de la ley de Enjuiciamiento civil dispone que la fianza ha de ser en cantidad suficiente á responder de lo que produzcan los bienes en cinco años *por lo menos*.

El art. 254 del Código, ocupándose del afianzamiento de la tutela, establece que la fianza deberá asegurar el importe de los bienes muebles que entren en poder del tutor; las rentas ó productos que durante un año rindieren los bienes del menor ó incapacitado y las utilidades que en el término de un año pueda percibir el menor de cualquiera empresa mercantil ó industrial.

Opinamos de igual modo que la fianza del administrador habrá de constituirse con sujeción á las reglas prescritas en el artículo 254 para la de los tutores, tanto en reconocimiento de analogía que el Código ha creado entre la administración

bienes de un ausente y la tutela de un loco ó de un sordo-mudo, cuanto porque el afianzamiento constituído con sujeción al susodicho artículo, reviste de mayores garantías la administración.

El art. 2.040 de la ley de Enjuiciamiento sólo atiende al importe de las rentas por un quinquenio. El Código civil plantea como base de la fianza el valor de los bienes muebles y el importe de las rentas de una anualidad.

De adoptar el criterio marcado en el art. 2.040, que fija como límite mínimo el quinquenio de los productos, no alcanzaría éste en la mayoría de las ocasiones á cubrir el importe de los bienes muebles. Entonces el Juzgado, usando de sus facultades discrecionales, en lugar de reducir el importe de la fianza á las rentas acumuladas durante un espacio de tiempo de cinco años, lo ampliaría á seis ó siete ó al número de años que estimase necesario, viniendo en definitiva á concluir en que la fijación del importe de la fianza quedaría á la discreción del Juzgado. ¿No es mucho más jurídico someter la determinación de la cuantía á las reglas inalterables del art. 254 del Código civil? Sin duda alguna. Pues hé aquí los motivos que fundamentan nuestro criterio.

Para terminar este extremo concerniente al afianzamiento, digamos que aunque, á tenor de lo dispuesto en el art. 2.040 de la ley de Enjuiciamiento civil, la fianza de los administradores de bienes de los ausentes sólo podrá ser hipotecaria y pignoraticia, parécenos que admitiendo el Código en defecto de estas dos la personal para garantía de la tutela, caso este último que tanta analogía guarda con el que estamos tratando, no podrá rechazarse la ofrecida por un colateral, cuya fianza fuere de las que en Derecho se denominan personales.

Remuneración del administrador de bienes del ausente.—Cuestión es esta que en el terreno teórico no se dilucida ni se resuelve tan fácilmente.

En el terreno práctico, toda la dificultad estriba en el modo como debe interpretarse el silencio del Código civil.

Al escribir el comentario de este mismo artículo, en las anteriores ediciones de nuestro libro, expusimos una opinión que á algunos ha parecido desviada de las férreas reglas de interpretación literal.

Hemos meditado luego, bajo el yugo de dichas reglas, y, exentos de toda vanidad, no tenemos el menor reparo, antes por

el contrario, sentimos la más viva satisfacción, en modificar el criterio expuesto.

Nos olvidamos á la sazón por un momento de nuestro deber de *comentaristas*. Hubimos de confundir la teoría con la realidad, sin duda por efecto de un daltonismo jurídico que nos hizo ver del color blanquecino del derecho legislado, lo que aún tiene los tintes rojos del derecho en principios. Aunque no ha habido lugar á la práctica del precepto de Horacio *nonumque prematur in annum, membranis intus positis*, el tiempo transcurrido desde la última edición ha determinado en nuestro espíritu, no un abandono del criterio mantenido, porque seguimos defendiendo la misma doctrina, pero sí una diferencia en la manera de apreciarla. Antes la hubimos de estimar como el reflejo del artículo que comentábamos; ahora, en el terreno de la crítica, como una aspiración que desearíamos ver satisfecha, como una teoría, sentida con toda espontaneidad, pensada con toda reflexión y expuesta ingenuamente con sencilla franqueza.

El derecho positivo es el siguiente: El administrador de los bienes del ausente tiene derecho á una remuneración que oscilará entre el mínimum del cuatro y el máximum del diez por ciento de las rentas y productos de los bienes sometidos á su administración. Así, de consuno, lo establecen, por razón de vigencia, el art. 2.042 de la ley de Enjuiciamiento, y por razón de analogía, y para complementar la doctrina del precitado artículo, el 276 del Código civil.

«El Código no ha creado un estado posesorio de derecho, sino simplemente la posesión de hecho, ó mera tenencia que lleva consigo toda administración. De aquí que los frutos y las rentas de los bienes del ausente pertenezcan á éste, y el administrador, en remuneración de sus afanes y cuidados, perciba el tanto que se le señale.»

«Si se hubiera establecido la posesión provisional de los bienes según se planteó en el proyecto de 1851, y el Código hubiera permanecido callado respecto de la porción de frutos y rentas á que tendría derecho el poseedor, habría desde luego lugar y motivo para mantener diversidad de pareceres.»

«No habiéndose legislado sobre posesión provisional, sino sol administración, el silencio del Código no significa otra cosa sin que continúa vigente el art. 2.042 de la ley de Enjuiciamiento civil

Si no con éstas, con parecidas palabras, pero con identidad de concepto se expresa un comentador; aunque el raciocinio no es fundamental, porque no son términos antinómicos los de administración y posesión provisional, nosotros aceptamos la consecuencia como comentaristas, pero únicamente en el campo peculiar del derecho positivo.

Se nos ocurre una sencilla observación.

El excedente de las rentas y frutos, una vez cubierto el premio de administración y los gastos necesarios de reparaciones, cultivo, contribución, etc., ¿se depositará en los establecimientos públicos destinados al efecto, ó continuará en manos del administrador? Somos de parecer que, á semejanza de lo dispuesto para los tutores, puede el Juzgado acordar el depósito del dinero sobrante. Improductivo no debe quedar en modo alguno, y si el administrador pretendiese invertir el dinero excedente en algún negocio lucrativo, deberá contar antes con la licencia judicial.

Terminada la exposición del derecho vigente, séanos ahora lícito penetrar en el dominio de la crítica en punto á la situación en que deben quedar los bienes del desaparecido, una vez declarado su estado incierto. El problema no se resuelve fácilmente, y la prueba de esta afirmación la encontramos en la variedad de opiniones que los autores profesan y en los distintos sistemas que siguen los Códigos europeos reflejando esa misma diversidad.

El Código francés, en el art. 127, establece una gradación que consiste en aumentar proporcionalmente la remuneración á compás del mayor número de años transcurridos. Si el ausente regresa antes de que transcurran quince años, contados desde el día siguiente al de su desaparición, el poseedor provisional debe devolverle solamente la quinta parte de las rentas; y si el regreso se verifica pasados los quince años, el poseedor hace suyas las nueve décimas partes de las rentas. Transcurridos treinta años, la totalidad.

El Código italiano, más científico que el francés, distingue, según se trate de los ascendientes, descendientes y el cónyuge del ausente; de parientes dentro del sexto grado y de grado más remoto.

En el primer caso, el art. 30 dispone que los ascendientes, descendientes y el cónyuge puestos en posesión temporal de los bienes, percibirán en beneficio propio la totalidad de las rentas.

Si fuesen parientes dentro del sexto grado (art. 31), deben reservar el quinto de las rentas en los diez primeros años y la décima parte desde este momento hasta los treinta años. Finalmente, si fuesen parientes en más remoto grado del sexto, la tercera parte en el primer período de diez años y la sexta en el segundo hasta los treinta.

También el Código portugués distingue con notable sentido jurídico, según el ausente sea casado y con hijos, casado y sin hijos ó soltero. En el primer caso, avanza extraordinariamente hasta el punto de proceder á la partición de los bienes propios del ausente entre sus hijos, si bien con la restricción de no poderlos enajenar hasta que transcurran diez años contados desde la desaparición ó las últimas noticias. Es, pues, una verdadera posesión provisional que forzosamente lleva consigo la facultad de apropiación total de las rentas y los frutos que los bienes produzcan. Si el ausente estuviese casado y sin hijos, el cónyuge presente conservará la administración de todos los bienes de la sociedad conyugal, haciendo suyos todos los frutos y las rentas (artículos 82 y 85). Por último, cuando el ausente fuese soltero, los curadores definitivos, bajo cuya denominación se comprenden los herederos testamentarios ó legítimos de aquél, harán suya la cuarta parte de los productos de los bienes que administren, durante los diez primeros años de ausencia, la mitad si la presentación se verifica dentro de un plazo de diez á veinte años y la totalidad pasado dicho plazo.

El Código guatemalteco concede al poseedor provisional la mitad de los frutos naturales, industriales y civiles, reservando la otra mitad al dueño de los bienes.

El Código de la República chilena procede por distinción. Si hubo naufragio ó acción de guerra ú otro peligro semejante por el que atravesó la persona de que se trate y transcurren cuatro años sin saberse noticias del paradero, se le reputa muerto. Si no mediando estas circunstancias desgraciadas transcurriesen diez años sin referencias del desaparecido, se decretará la posesión provisional y los poseedores provisorios (art. 85) harán suyos los respectivos frutos é intereses.

El Código civil de Méjico también dedica dos artículos á declarar que si el ausente se presenta ó prueba su existencia antes de que sea declarada la presunción de su muerte, el cónyuge q

hubiese entrado en la posesión provisional percibirá todos los frutos y rentas de los bienes administrados, y solo la mitad aquéllos que como herederos testamentarios ó legítimos hubiesen gozado dicha posesión (artículos 745 y 750).

El proyecto de 1851 estableció definitivamente, y sin distingos de ningún género, un quinto de los frutos y rentas de los bienes, ó sea un veinte por ciento en compensación de los trabajos anexos á la posesión provisional.

Es de notar que algunas legislaciones extranjeras, á pesar de considerar como de administración las disposiciones encaminadas al cuidado y conservación de los bienes de los ausentes, establecen una posesión provisional, calificándola así, lo cual demuestra á todas luces que, aun dentro del criterio cerrado, sostenido por algún comentarista con relación al Código español, pueden adoptarse disposiciones más amplias por lo que respecta á la remuneración del administrador y, sobre todo, más en armonía con el concepto de la ausencia como institución de derecho que en su proceso evolutivo va creando estados y situaciones jurídicas diferentes. ¿Es lo mismo, por ejemplo, la administración provisional en los primeros instantes de la desaparición del sujeto que la administración definitiva, cuando ya la incertidumbre de la existencia se ha declarado judicialmente?

Claro es que no; y en buena lógica, corresponde aplicar á estados diversos preceptos distintos. Acaso por traspasar las vallas del doctrinarismo y emanciparnos demasiado de la pérfida y engañosa cábala, mediante la cual, en el desconcierto de nuestras leyes sustantivas y adjetivas, hay que poner en claro su respectiva vigencia, hubimos de creer que el estado de administración definitiva ó de tenencia con derecho propio exigía, no la minúscula remuneración del cuatro ó del diez por ciento, impropia y antijurídica cuando se trata de un padre cariñoso, de un abuelo venerable ó de un hermano solícito, sino la totalidad de las rentas y de los frutos.

En pura teoría, esta es la solución preconizada por la ciencia, y la que han adoptado, según hemos tenido ocasión de observar, la mayoría de los cuerpos legales extranjeros.

Pero el hecho cierto es que nuestro Código rompe con su silencio la concordia casi universal en punto á esta cuestión, y que ese silencio, interpretado y suplido con el auxilio de una ley ad-

jetiva, inadecuada é inarmónica con el novísimo Código, significa que el administrador de los bienes del ausente no puede disfrutar más que de un cuatro á un diez por ciento. ¿Por qué ese inexplicable vacío del Código? ¿Tan difícil le hubiera sido determinar en un sencillo artículo la remuneración del administrador? Si sus redactores tenían formada perfecta conciencia de su disentimiento del criterio generalmente seguido, y firmemente creían que el padre y el abuelo debían ser tratados como el más interesado administrador judicial, hubiérales bastado una referencia al precepto donde se fija la retribución del tutor.

Las medidas que la ley de Enjuiciamiento civil adoptó, tratando de llenar de algún modo, siquiera fuese transitorio, la inmensa laguna que en nuestras antiguas leyes existía en lo relativo á la ausencia, no respondían á ningún plan meditado, y mucho menos al que informa la institución jurídica, tal como hoy la conocemos, desenvolviéndose en tres grados diversos, que avanzan hasta la presunción de muerte.

Eran simplemente previsiones del legislador; un reconocimiento de la antigua costumbre que una sentencia del Tribunal Supremo citada en comentarios anteriores, consigna. Por esto, mirando al pariente como un *mero administrador*, se le exigía en todo caso una fianza y se le señalaba también de antemano una retribución, cuyos límites no podía rebasar. Era una situación siempre provisional y siempre transitoria.

El Código civil, por el contrario, en armonía con la idea que preside al desenvolvimiento de la ausencia, parte de una declaración de estado, es á saber: la de incertidumbre de la persona, y sin menospreciar por esto las atenciones que requiere lo accidental de los primeros momentos, arranca la fijación de los derechos y la posibilidad legal de las esperanzas del instante en que la ausencia es declarada con toda solemnidad.

Pronunciada esta declaración, el estado accidental cesa, las medidas transitorias fenecen y se constituye una verdadera posesión provisional, una administración definitiva, á cuyo desempeño llama la ley á las personas más afectas al ausente, deduciendo esta afección de la proximidad del parentesco.

Siguiendo por el imperio de las circunstancias que nuest derecho atraviesa, el criterio de la ley de Enjuiciamiento, ¿á qu se reducirán los efectos de la declaración de ausencia? Poco má

que á una mudanza en la estimación judicial del administrador de los bienes del ausente, y algunas veces á un cambio de personas. Por lo que atañe á los bienes y á los derechos del administrador, la nueva fase de la ausencia no habrá de influir en lo más mínimo.

Un artículo del Código civil, el 190, al declarar que cesará la administración en varios casos que menciona, dispone que los bienes quedarán á disposición de los que á ellos tengan derecho, pero no dice nada respecto de los frutos y las rentas. Esto induce á presumir que los hará suyos el administrador como justa retribución de sus cuidados y afanes, con tanto más motivo cuanto que si se tratare de un tercero que acreditase haber adquirido por compra ú otro título los bienes del ausente, á éstos solamente habrá de limitarse la extensión del contrato, sin comprender rentas y frutos. Pero con ser tan lógica la deducción, queda destruída por el mutismo del Código, y la disposición de un precepto adjetivo, arcaico é impropio.

Para calificar un estado jurídico, bien traiga su origen del concierto de dos voluntades, como el contrato, ó de este mismo concierto cuando una voluntad se presume, como el cuasi contrato, ó de una sola voluntad como el acto, ó de la voluntad colectiva consignada en una regla de obrar como la ley, no hay que detenerse en la superficie, atendiendo solamente al nombre, que muy bien puede ser inadecuado, sino á las propiedades que le son características, á los elementos que le integran.

El Código civil podrá haber querido constituir una mera administración, y hasta calificarla de tal, pero como el nombre no determina la cualidad jurídica, hay que reconocer que el estado en que los bienes del ausente quedan, una vez declarada la presunción de ausencia, reviste en varias ocasiones los caracteres propios de una posesión provisional.

Cuando efectivamente tiene lugar una mera administración es á contar desde que se dictan las medidas provisionales, hasta que, transcurridos los dos años, la declaración del estado incierto del sujeto de derecho, se pronuncia.

Después de dicho momento, hallamos algunos casos de verdadera posesión provisional, á pesar de las afirmaciones del Código, y otros en que debiera también estar reconocida por la ley dicha posesión, aunque no lo está por las indecisiones de los legisladores.

Vamos á probar nuestro aserto.

La mujer casada mayor de edad, por ejemplo, en ausencia declarada de su marido, puede disponer á su arbitrio de los bienes de cualquiera clase que le pertenezcan, y además, previa la licencia judicial y la prueba de la necesidad ó utilidad, de los propios del marido y de los de la sociedad conyugal. La mujer gana por ley y sin necesidad de que ésta le fije un emolumento, los frutos y las rentas de los bienes que administre, porque todos ellos entran en el acervo común destinado á levantar las cargas del matrimonio. ¿Es esto, por ventura, una mera administración? Estudiemos otro caso. Un padre viudo y con descendientes menores se ausenta. El Código llama á la administración, en defecto de los abuelos, á los hijos; mas como éstos son menores, á tenor del art. 189, habrá necesidad de proveerlos de tutor. En realidad, este último será *de facto* el administrador; los hijos tendrán simplemente una administración *de jure*. Mas como quiera que la tutela no es un cargo gratuito, sino retribuído, el tutor percibirá ese cuatro ó diez por ciento mezquino que en el caso de ser los hijos mayores les correspondería. ¿Qué les queda á los hijos menores? Sigamos exponiendo. Siendo un deber del padre alimentar á su prole, las pensiones alimenticias habrán de salir de las rentas y los frutos si fuesen suficientes. Y entonces, ¿no serán los hijos verdaderos poseedores provisionales del caudal paterno, que harán suyas todas las rentas y los frutos, salva la deducción del tanto por ciento que en concepto de premio ó retribución de la tutela se señale al tutor? A pesar de todas las argucias, no cabe réplica. ¿Es esto un caso de mera administración?

Y cuando se trate, v. g., de padres, ¿no es altamente ridículo tasar sus atenciones sobre los bienes del hijo en ignorado paradero, considerándolas suficientemente remuneradas con la misma retribución que se concede al más oscuro administrador judicial? Ciertamente.

La ley llama á la administración y entrega los bienes del ausente á las personas que habrán de sucederle en el caso de declararse la presunción de su muerte. ¿Qué es, pues, este estado transitorio sino una posesión provisional, por cuanto el día ó mañana, sin la menor alteración en los bienes ni en la tenencia de los mismos, se puede convertir en posesión definitiva?

El Código civil que mejor ha comprendido estas cuestiones

desarrollando una doctrina saturada del más puro derecho, es el científico Código lusitano. El Código que peor ha tratado la institución de la ausencia en el punto concerniente á la posesión provisional de los bienes del ausente, es el Código español.

Condensando los razonamientos que preceden, opinamos que el medio preconizado por la sana crítica para resolver este aspecto de la ausencia, relacionado con los bienes del ausente, consiste en conceder al poseedor provisional la totalidad de las rentas y frutos, haciéndole responsable de los deterioros y pérdidas de la cosa poseída, cuando reconocieran por causa el dolo ó negligencia grave.

El principio cardinal de nuestra teoría es el ya enunciado, pero para su total desarrollo y perfección, necesitaríamos alterar el orden del llamamiento, anteponiendo los hijos del ausente á los padres del mismo.

Así, pues, es el cónyuge presente el poseedor temporal. Hace suyos los frutos y las rentas en su totalidad, y como el destino de éstas es el levantamiento de las cargas anexas al matrimonio, correrá de cuenta del cónyuge la alimentación de la prole. Son los hijos los poseedores legítimos; repartirán por igual entre todos ellos las rentas y frutos que percibiesen, debiendo alimentarse con su importe si fuese suficiente. Son los padres; de igual modo entrarán en su propiedad los productos de los bienes que administraren, etc.

Acaso nuestra teoría sea tachada por algunos escritores de demasiado radical. Nosotros creemos que se protege más al ausente, creando una posesión provisional perfecta é interesando al poseedor en la conservación de la cosa poseída, que no estableciendo una mera administración que, después de todo, ni está rodeada de las entidades jurídicas protectoras de la tutela, ni es tal *mera administración* desde el momento en que, además del cuidado de los bienes, lleva anexa la representación de los derechos del ausente, para defenderlos en juicio y fuera de juicio.

El sistema adoptado por el Código de Italia, en armonía con la idea cardinal que preside la institución de la ausencia en sus diversas fases, merece también, como el del Código lusitano, todo género de elogios.

La vacuidad del Código español, su silencio indicador de una referencia a una ley adjetiva, inconcordante con el derecho sustan-

tivo novísimo y, sobre todo, el prurito de conceptuar como de mera administración posesiones provisorias perfectamente definidas, son otros tantos motivos de acerba censura.

La institución de la ausencia hay que ponerla en armonía con la nueva fase de los tiempos, simplificándola de modo que concilie, según expresa un ilustre autor, los intereses contrapuestos del ausente, de los herederos y de la sociedad.

Como dice el malogrado Enrico Cimbali (1): «Una vez transcurrido el tiempo prescrito por la ley, y formulada la apreciación soberana del Magistrado acerca de las averiguaciones practicadas, la declaración de ausencia implicando la presunción de muerte del ausente, debe desde luego abrir la sucesión en beneficio de los herederos legítimos ó testamentarios, autorizando á éstos para entrar en la posesión definitiva de los bienes, no á título de depósito para administrarlos solamente, sino para gozar y disponer como si fuesen propios, pero con las obligaciones de formar inventario y prestar fianza, y con las restricciones de conservar una parte de las rentas y de no enajenar los bienes propios del ausente durante un tiempo relativamente breve. Mejor aún: salvo el inventario y la caución, debe concederse, junto con la posesión, el pleno goce y la libre disposición de los bienes á los herederos del ausente, con la condición resolutoria de las disposiciones consumadas, válida por un tiempo que no exceda de diez años.»

La exégesis á que nos plegamos, método, si tal nombre merece, que ejerce aún el monopolio en la escasa literatura jurídica de nuestro país, donde todavía es *rara avis*, no viable desde el aspecto económico, la monografía sobre determinado punto del derecho, nos impide, como deseáramos, dar á las instituciones jurídicas el desarrollo de que son susceptibles estudiadas en sus principios. La aspiración de Cimbali, en mucha parte realizada por el Código civil lusitano, se aproxima á nuestro pensamiento. Cimbali considera que desde el momento en que la ausencia se declara, la mera administración de los bienes por los sucesores legítimos ó testamentarios, debe ceder plaza á una posesión definitiva, con ciertas garantías y restricciones. Nosotros también creemos que la mera administración es un arcaismo jurídico i

(1) *La nuova fase del Diritto civile.*

compatible con los principios en que debe descansar la ausencia, como institución jurídica armónica con su concepto y con las necesidades y progresos del derecho en nuestros días. Cimbali admite la reserva de parte de las rentas y frutos; nosotros somos aún más radicales, porque creemos que el poseedor debe hacer suyos todos los frutos y rentas.

De la rendición de cuentas de la administración de bienes del ausente. — La ley de Enjuiciamiento civil, en el art. 2 042, dispone que el administrador estará obligado á llevar cuenta justificada de los productos y gastos para rendirlas al dueño de ellos cuando se presente, ó á sus herederos ó causahabientes. He aquí otra prueba de la desarmonía reinante entre las leyes sustantiva y adjetiva, y de la necesidad, cada vez más urgente, de procurar su concordia. El art. 2.042 establece un deber sin restricciones de ninguna clase, y el más vulgar sentido jurídico rechaza esta obligación, cuando el administrador de los bienes del ausente sea el cónyuge, puesto que haciendo suyas las rentas y frutos en su totalidad para el levantamiento de las cargas conyugales, no hay materia susceptible de cuentas, mientras los bienes de la sociedad conyugal permanezcan en su integridad.

Aunque ni el Código ni la ley de Enjuiciamiento civil se ocupan de la sustitución de un administrador por otro, bien por justa causa de excusa ó de inhabilitación, ó bien por muerte, entendemos que el administrador que cese, ó sus herederos, están obligados á rendir cuenta general de la administración al que le reemplace, quedando éste responsable de los daños y perjuicios si no cumpliese con el deber de pedir y tomar las cuentas de su antecesor.

ART. 188. La mujer del ausente, si fuere mayor de edad, podrá disponer libremente de los bienes de cualquiera clase que le pertenezcan; pero no podrá enajenar, permutar, ni hipotecar los bienes propios del marido, ni los de la sociedad conyugal, sino con autorización judicial.

Concordancias.—Análogo al art. 154 del proyecto de Código de 1882.

PRECEDENTES LEGALES.—*Nov. Recop., lib. X, tit. I, ley* 15 (Ley 59 de Toro).—Quando el marido estuviere ausente y no se espera de próximo venir ó corre peligro en la tardanza, que la Justicia con conocimiento de causa, seyendo legítima ó necesaria ó provechosa á su muger, pueda dar licencia á la muger, la que el marido le habia de dar, la qual asi dada, vala como si el marido se la diese.

COMENTARIO.—Dos partes contiene el artículo que va á ser objeto de nuestro estudio. La primera, radical y reformadora, constituye una excepción de los principios del Código relativos á la limitación de derechos de la mujer casada; la segunda, recoge la legislación derogada, y se enlaza con los preceptos adjetivos de la ley de enjuiciar.

Conocidas son las restricciones que en la capacidad jurídica de la mujer se producen por la pérdida del estado de libertad, valga la expresión, y la entrada en la sociedad conyugal, bajo la dependencia de su marido. Basta recordar á este efecto la sección cuarta del cap. I, tít. IV, lib. I. (*Véase el tomo segundo de esta obra.*)

Al tratar el Código de los derechos y obligaciones entre marido y mujer, establece los principios cardinales, verdadera constitución por la que la sociedad matrimonial se rige. El art. 59 consigna que el marido es el administrador de los bienes de la sociedad conyugal; el 60 le confiere la representación de la esposa; el 61 prohibe á la mujer, sin licencia ó poder del marido, adquirir por título oneroso ni lucrativo, enajenar sus propios bienes ni obligarse.

Sin embargo, el art. 66 prevé el caso que tratamos, y reconoce que los principios dichos se entienden sin perjuicio de lo dispuesto sobre ausencia. De suerte, que allá en su lugar oportuno, el Código ha salvado la excepción que nos sirve de tema en este comentario.

Distingue, como hemos dicho ya, el Código según los bienes pertenezcan á la mujer, ó según correspondan á la sociedad conyugal. En el primer caso, puede la mujer *disponer libremente* de ellos. Ahora bien: ¿cuáles bienes se reputan propios de la mujer, pues que esto quiere decir la frase empleada, ó sea, «*los bienes de cualquiera clase que le pertenezcan?*» El art. 1.396 del Código civil

dice: «Son bienes propios de cada uno de los cónyuges: *primero*, los que aporte al matrimonio *como de su pertenencia; segundo*, los que adquiera durante él á título lucrativo; *tercero*, los adquiridos por derecho de retracto ó por permuta con otros bienes pertenecientes á uno solo de los cónyuges, y *cuarto*, los comprados con dinero exclusivo de la mujer ó del marido.» Las donaciones por razón de matrimonio se rigen por los preceptos generales de la donación, y se reputan propios del cónyuge á quien se donaron los bienes que la constituyen, si bien tienen la calidad de adquiridos antes de la celebración del matrimonio y por razón de éste.

Todos estos bienes que el Código denomina propios de cada cónyuge vienen, por lo que respecta á la mujer, á quedar comprendidos dentro del dictado general de parafernales.

La significación etimológica de la palabra griega *parapherna*, *para*, además, y *pherna*, dotales, identifica su cualidad, puesto que quiere decir bienes extradotales.

En este concepto los define el art. 1.381 del Código civil al calificar como tales los bienes que la mujer aporta al matrimonio sin incluirlos en la dote, y los que adquiere después de constituída ésta sin agregarlos á ella.

Resulta, pues, que el derecho que la mujer tiene por virtud del art. 188 que estudiamos se reduce á disponer libremente, es decir, sin licencia judicial, de los bienes parafernales.

No podemos darle otra significación al artículo. ¿Qué bienes pertenecen á la mujer, es decir, qué bienes son propios de ella fuera de los dotales aportados al matrimonio? Solamente los que adquiera antes ó los que adquiera después, bien á título gratuito ú oneroso, en este último caso con dinero exclusivo de la mujer.

Si adquiridos antes, al contraer matrimonio, los aporta á él como propios suyos. No serán bienes dotales, pero sí extradotales, que son precisamente los que en calidad de parafernales conserva en propiedad. Si adquiridos después de contraído el matrimonio, bien por título de herencia, donación ó legado, bien por título de compraventa ó permuta, etc., revisten á seguida la propia condición de parafernales. Después de todo, en el matrimonio, y por lo que respecta á la mujer, sólo hay dos clases de bienes, dotales y extradotales, y por lo que atañe á los segundos, conocida es su calidad de parafernales.

La libertad que por razón de ausencia del marido se concede

á la mujer para enajenarlos es la excepción del art. 1.387 del Código, que establece que la mujer no puede sin licencia de su cónyuge enajenar, gravar ni hipotecar los bienes parafernales ni comparecer en juicio para litigar sobre ellos, á menos que sea habilitada al efecto.

Esta es la interpretación que nosotros damos al precepto que se discute, en armonía con la ley 17, tít. XI de la 4.ª Partida, y los artículos citados del Código civil.

Trátase de bienes cuyo dominio corresponde á la mujer, y por esta razón, en uso del derecho de libre disposición, puede enajenarlos contando con la licencia marital. No puede decirse que correspondan á los bienes comunes, siquiera los frutos y rentas se apliquen al levantamiento de las cargas del matrimonio, á tenor de repetida jurisprudencia del Tribunal Supremo, entre cuyas sentencias pueden mencionarse las de 30 de Enero de 1862, 26 de Octubre de 1863, 8 de Octubre de 1866 y 11 de Mayo de 1871, recogidas por el art. 1.385 del Código civil.

Visto, pues, que la mujer puede sin licencia judicial en ausencia de su marido disponer libremente de los bienes de cualquiera clase que le pertenezcan, con lo cual da á entender el Código que ora sean éstos muebles, ora inmuebles, ora recibidos por título lucrativo ú oneroso, no hay restricción ninguna que oponer al precepto terminante del Código, digamos ya en el terreno de la crítica jurídica que nos parece excesiva la libertad que se concede á la mujer, y que en ocasiones vendrá á redundar en perjuicio de ella y de la sociedad conyugal, por lo mismo que las rentas y frutos de los bienes propios de la mujer vienen á aumentar los productos de la expresada sociedad.

Cuando la ley 59 de Toro, ley 15 del tít. I del libro X de la Novísima Recopilación, estableció la licencia judicial para que la mujer cuyo marido estuviese ausente pudiese sin licencia de éste contratar y obligarse, se colocó en el justo medio, supliendo, no diremos que la incapacidad natural de la mujer, puesto que rechazamos en redondo esta suposición, sino el poder del marido.

El Código civil debiera haber hecho lo mismo; requerir la autorización judicial para que la mujer pudiese disponer libremente de sus bienes propios. ¿No vemos, v. gr., que estando presente el marido, á tenor del art. 1.388 del Código civil, puede, cuando los parafernales cuya administración se reserve la mujer consistan

en metálico ó efectos públicos ó muebles preciosos, pedir el depósito ó inversión en términos que no se enajenen ó pignoren sin su consentimiento? ¿Y no vemos asimismo que tratándose de inmuebles es indispensable de todo punto, según el art. 1 387, la licencia del marido para enajenar, gravar ó hipotecar dichos bienes parafernales? ¿Pues qué razón hay de peso para desamparar ese derecho, esa dirección del marido cuando se hallare ausente, existiendo la autoridad judicial que debe velar por los fueros del sujeto incierto?

Muy lógico nos parece el art. 188, que estudiamos, en su parte primera, cuando por virtud de la declaración de ausencia del marido, y usando la mujer del derecho que le confiere el art. 1.433 del Código, hubiese pedido y se hubiese acordado la separación de bienes, porque entonces, como hay que estar á lo dispuesto en el art. 1.434, procede una liquidación de los bienes conyugales, pasando á poder de la mujer, que los administrará, su dote y demás bienes propios que del resultado de la liquidación le correspondan. Cuando esto ocurra no hay caso, ni se presenta dificultad de ningún género, siendo una derivación lógica de la disolución social conyugal la de que la mujer pueda disponer libremente de sus bienes propios; pero, en nuestro concepto, no se puede decir lo mismo cuando la separación no se hubiese pedido, y no habiéndose liquidado la sociedad conyugal, ésta continúe subsistente, siendo su administrador la mujer en ausencia declarada del marido. Entonces la persona incierta de éste, como por un fenómeno de espejismo, se presume existente en virtud de la hipótesis aún no quebrantada de su vida. Por esto es nuestra opinión que el Código avanza demasiado y que debiera haberse detenido un poco antes, estableciendo como necesaria la licencia judicial; que al cabo, si es verdad que se trata de bienes propios de la mujer, también lo es que los frutos y rentas están afectos á las cargas conyugales, y los bienes mismos responden de los gastos diarios usuales de la familia causados por la mujer ó de su orden bajo la tolerancia del marido, siempre que los de éste y los dotales fueran insuficientes.

Veamos la segunda parte del artículo, ó sea aquella en que se dice que en caso de ausencia la mujer no podrá enajenar, permutar ni hipotecar los bienes propios del marido ni los de la sociedad conyugal sino previa la licencia judicial.

Nada tenemos que decir, toda vez que la prohibición es expresa, y nos da de ello buena prueba el art. 1.444, que establece que la mujer no podrá enajenar ni gravar durante el matrimonio sin licencia judicial los bienes inmuebles que le hayan correspondido en caso de separación ni aquellos cuya administración se le hayan transferido.

Cuando sea necesaria la licencia judicial, el procedimiento que habrá de seguirse será el establecido para los actos de jurisdicción voluntaria (tít. XI, libro tercero de la ley de enjuiciamiento civil). De la propia suerte que el Juez habilita al que carece de capacidad y otorga su licencia cuando se trata de vender bienes de menores é incapacitados, asimismo es el único facultado para prestar su consentimiento, supliendo la voluntad marital en las ventas, permutas y gravámenes de los bienes de la sociedad conyugal, cuya administración desempeñe la mujer por la ausencia declarada de su marido.

Recapitulando, diremos que la licencia judicial es una garantía de la que no ha debido prescindirse en ninguno de los dos casos del artículo, siguiendo el ejemplo del Código de Guatemala, que dicho entre apartes, es uno de los que mejor se plegan al más sano criterio jurídico.

No obstante, la ley hay que respetarla, y desde este punto de mira, á pesar de las censuras que nos merece la excesiva libertad concedida á la mujer, subsistiendo aún la presunción de vida de su consorte, hay que estar á lo dispuesto por el Código.

ART. 189. Cuando la administración corresponda á los hijos del ausente, y éstos sean menores, se les proveerá de tutor, el cual se hará cargo de los bienes con las formalidades de la ley.

Concordancias.—Igual al art. 155 del proyecto del Código de 1882.

PRECEDENTES LEGALES.—*Ninguno.*

COMENTARIO.—La sencillez del artículo es tanta, que toda explicación huelga por innecesaria. Así es que nos reduciremos á exponer algunas ligeras consideraciones.

Cuando sean llamados los hijos menores al desempeño de la administración de los bienes de su padre ausente, se les nombrará un tutor que supla la incapacidad de aquéllos dentro de la órbita de la vida civil. Para que este caso de administración pueda tener lugar, es necesario: primero, que el cónyuge ausente sea viudo, ó el presente esté legalmente separado por justa causa de divorcio; segundo, que el desaparecido carezca de padres ó éstos estuvieren sufriendo la pena de interdicción civil.

La tutela que se constituya en la mayoría de las ocasiones, será de naturaleza dativa, á cuyo efecto se procederá á la formación del consejo de familia y al nombramiento de protutor. El consejo, á la mayor brevedad, elegirá tutor que represente al menor ó menores en la administración de los bienes de su padre ausente.

Hemos dicho hace un instante que la tutela habrá de ser de naturaleza dativa en la mayoría de las ocasiones. Esta afirmación presupone, en estricta lógica, que puede existir algún caso en que la expresada tutela sea legítima. Existe, efectivamente, pero es dudoso. Cuando á la administración de los bienes concurra un hermano mayor de edad con otros menores, corresponderá al primero la tutela de los segundos, á tenor del núm. 4.º del artículo 211 del Código; mas como en la administración colectiva, por decirlo así, de todos los hijos, pudiera el mayor (administrador por derecho propio y tutor de los menores) ostentar un interés contrapuesto al de sus hermanos, cuyo interés, de prevalecer, refluiría en daño de éstos, cabría alegar, y no sin fundamento, la inhabilitación del hermano mayor para la tutela legítima. Por eso decíamos antes que el caso era dudoso.

La tutela testamentaria es jurídicamente imposible. Basta recordar que para que el testamento produzca sus efectos es necesario que transcurran treinta años, contados desde la desaparición del ausente ó desde que se recibieron sus últimas noticias.

Pero si en puridad de derecho no es factible concebir la tutela testamentaria tratándose de la ausencia, la realidad, tan copiosa en enseñanzas, puede ofrecernos un caso, para cuya resolución equitativa debiéramos acudir al testamento y respetar la voluntad paterna. Nada mejor que un ejemplo práctico.

A, viudo y con hijos menores, desaparece de su domicilio, y transcurridos dos años sin haberse tenido noticia de su para-

dero, es declarado judicialmente ausente. Sus hijos menores *B*, *C* y *D* entrarán de derecho en la administración en cumplimiento estricto del artículo que comentamos; pero como *B*, *C* y *D* hemos supuesto que son menores de edad, y por lo tanto incapaces de dirigirse por sí mismos, habrá necesidad de nombrarles un tutor, un protutor y constituir el consejo de familia. Supongamos que *A* ha otorgado testamento nuncupativo, y en él, haciendo uso del derecho que le confiere el art. 206, designa á *X* tutor de sus hijos menores para el caso en que falleciese bajo aquella disposición.

Presentando una copia fehaciente del testamento, la voluntad paterna queda manifiesta con todo su relieve. ¿Deberá ser ésta respetada y nombrado tutor *X*, ó haciendo caso omiso de la designación testamentaria, deberá elegir el consejo de familia á la persona que le merezca más garantías?

Este caso hay que resolverlo en consideración á la equidad. Bien sabemos que el testamento no surte todavía consecuencias jurídicas absolutas, pero así como la institución de heredero es bastante para conferir al instituído que presente copia fidedigna (artículo 185, núm. 2.º), facultad para solicitar la declaración de ausencia, ¿por qué no ha de ser suficiente el nombramiento testamentario de tutor para conceder al elegido por el padre un derecho preferente á la tutela sobre un extraño? La equidad que antes invocábamos resuelve este litigio á favor del tutor designado testamentariamente.

El cimiento en que descansa la institución de la tutela testamentaria es la presunción de que el tutor que el padre elija ha de ser el más honrado, el más solícito, el más cariñoso, porque nadie como el padre ha de interesarse por la suerte de los hijos que deja sin su amparo. Si esta elección es conocida de un modo legal é indubitado, como sucede con la copia fehaciente del testamento nuncupativo, ¿qué fundamento atendible puede aducirse para relegar al desprecio la voluntad del padre? Ninguno, ciertamente, porque atacar esta voluntad valdría tanto como conspirar contra la perdurable presunción de la ternura paternal.

Aunque los principios generales del derecho apoyan nuestra doctrina, no nos hacemos ilusiones acerca de la suerte que correría la pretensión de un tutor testamentario que tratase de hacer valer su preferencia con respecto á un tutor elegido por el consejo

de familia. La vacuidad del derecho positivo se convertiría en el enemigo más temible de su solicitud.

Esto no obstante, no hemos querido prescindir de exponer el caso, tanto para lograr con ello ocasión de prevenir á los consejos de familia que cuando tengan que proceder á nombrar tutor á los menores encargados de la administración de los bienes de su padre ausente elijan al designado por éste en su testamento nuncupativo, si presentase copia fehaciente del mismo, cuanto para llamar la atención del legislador acerca del particular, á fin de que en las sucesivas reformas pueda ser adicionado el art. 189 con un párrafo redactado en esta ó parecida forma:

«Si el declarado ausente hubiere nombrado tutor para sus hijos menores en testamento abierto y se acreditase la autenticidad de este último y la inexistencia de otro testamento posterior, mediante la presentación de copia autorizada y de certificación del Registro de últimas voluntades, corresponderá al tutor designado la tutela de los hijos del ausente.»

Atendida la redacción gramatical del art. 189, parece deducirse que el Código ha querido conceder á todos los hijos un derecho de igual grado á la administración de los bienes de su padre. Mientras sean menores de edad, todos ellos, bajo la dirección del tutor que se les nombre, formarán un apretado haz, una cuasi familia, si se nos admite la expresión.

El tutor cuidará de solicitar del Juzgado que éste fije la pensión alimenticia de los menores, tomando como antecedente para determinar su cuantía el importe total de las rentas que produzcan los bienes del desaparecido.

La duda se presenta, á nuestro juicio, cuando existan varios hermanos mayores de edad, constituyendo otras tantas familias ó grupos independientes. La administración no puede ser ejercida por todos á la vez, porque ni es fácil dividirla en tantas secciones proporcionalmente equivalentes cuantos sean los hermanos, ni es lógico ni posible hacer depender el organismo interno de la administración del número mayor ó menor de hijos que el ausente tenga. Esta dificultad no existe cuando los descendientes son menores, toda vez que, agrupados bajo la dirección del tutor (administrador *de facto*), constituyen una entidad apta desde el punto de vista jurídico para la administración.

Dentro del anacrónico sistema adoptado por nuestro Código

respecto de esta interesante fase de la ausencia, la solución indicada consiste en preferir el varón á la hembra, y, dentro de un mismo sexo, el mayor al menor. Así lo preceptúa el art 220, adoptado como norma para la determinación de las personas que tienen derecho propio, según el art. 187, á la administración de bienes de los ausentes.

Si concurriesen, v. gr., un hermano mayor de edad con hermanas solteras, también mayores, al primero le corresponderá la administración; pero como las hermanas, por el mero hecho de la ausencia del padre, no pierden su derecho á los alimentos, deberán reclamar éstos del hermano administrador, acudiendo al Juzgado para que fije la pensión alimenticia que deben percibir.

Exactamente lo mismo ocurrirá cuando corresponda la administración al padre del ausente y éste tuviese descendientes menores ó mayores de edad, pero necesitados de alimentos.

Si las rentas y frutos no bastasen para satisfacer cumplidamente las obligaciones del ausente, tales como la de alimentar á su prole, la de acudir á los reparos que exijan sus propiedades, ¿podrá procederse á la venta de bienes una vez justificada la necesidad ó la utilidad de la enajenación? En nuestro sentir, indiscutiblemente, y así lo confirma el art. 188 facultando á la mujer del ausente para enajenar, permutar é hipotecar los bienes propios del marido y los de la sociedad conyugal, previa la autorización judicial. Además, corrobora esta misma doctrina el art. 1.444, disponiendo que «la mujer no podrá enajenar ni gravar durante el matrimonio, sin licencia judicial, los bienes que le hayan correspondido en caso de separación, ni aquéllos *cuya administración* se le haya transferido. La licencia se otorgará siempre que se justifique la conveniencia ó necesidad de la venta ó gravamen.»

¿Qué mayor necesidad puede ofrecerse á la consideración del Juzgado que la de los alimentos reclamados por unos hijos menores, por un mayor incapacitado ó por unas hijas sin valimientos propios para sostenerse? Y al mismo tenor podemos colocar las reparaciones necesarias para la subsistencia de los bienes raíces; y por razón de utilidad, la enajenación de cosas improductivas para convertirlas en títulos ó cosas que rindan un interés ó un producto.

Mas esta enajenación habrá de verificarse previa la licencia

judicial y la plena prueba de la necesidad ó conveniencia de la venta ó gravamen.

En el caso en que la administración haya correspondido á menores representados por un tutor, deberá, á nuestro juicio, obtenerse el consentimiento del consejo de familia, previa también la justificación de la necesidad ó utilidad de la enajenación pretendida.

El estudio de este artículo pone de relieve la complicación que su práctica engendra, y por ende la deficiencia del Código en lo concerniente á la administración de los bienes del ausente.

Falta unidad de plan; falta asimismo la inspiración de un criterio científico; nótanse á simple vista vacíos no justificados, y que son causa de la aplicación de una ley adjetiva que, en punto á la institución de la ausencia, resulta anticuada y, á mayor abundamiento, inarmónica.

Remitimos á nuestros lectores á la crítica inserta en el artículo 187, porque no hemos de repetir ahora censuras, después de la elocuente prueba que los hechos nos suministran.

ART. 190. La administración cesa en cualquiera de los casos siguientes:

1.° Cuando comparezca el ausente por sí ó por medio de apoderado.

2.° Cuando se acredite la defunción del ausente, y comparezcan sus herederos testamentarios ó abintestato.

3.° Cuando se presente un tercero, acreditando con el correspondiente documento haber adquirido por compra ú otro título los bienes del ausente.

En estos casos cesará el administrador en el desempeño de su cargo, y los bienes quedarán á disposición de los que á ellos tengan derecho.

Concordancias.—Igual al art. 156 del proyecto de Código de 1882.

PRECEDENTES LEGALES.—*Ninguno.*

COMENTARIO.—El artículo que vamos á estudiar es una copia del 2.043 de la ley de Enjuiciamiento civil, con la diferencia de que este último habla del sobreseimiento del expediente, y el artículo que estudiamos, como sustantivo, consigna sólo el principio de que la administración cesará en los tres casos que menciona.

Es el primero cuando comparezca el ausente por sí ó por medio de apoderado. Cesó la ausencia, finalizó la administración. El fundamento es de tal índole que no necesita más que ser expuesto para quedar comprendido.

El segundo caso se refiere á la defunción acreditada del ausente cuando comparezcan sus herederos testamentarios ó abintestato. Entonces la ausencia se desvanece, puesto que se sabe fijamente que el ausente ha fallecido.

Abierta la sucesión, y previos los juicios universales correspondientes de testamentaría ó ab-intestato, los bienes variarán su condición, de revertibles al ausente si pareciese, en bienes propios de los herederos, y en su consecuencia, el administrador cesará, ya por confusión de su derecho de administrador con el de heredero, ó porque pasen los bienes á otra persona llamada por la ley ó por el testamento con preferencia á él.

Finalmente, el tercer caso, que no le admiten muchos Códigos tal vez por el temor fundado al fraude que pudiera cometerse, es relativo á la presentación de un tercero que acredite la propiedad de los bienes del ausente por un título legítimo.

Como el Código español, muy confiado en ocasiones, desecha esos temores, admitido el tercer caso, su justificación es tan sencilla y explícita como la de los dos anteriores.

Basta que se presente un tercero acreditando, con el correspondiente documento, que los bienes pasaron á su propiedad, sea por compra, ó por permuta, por donación, etc. Demostrada la legitimidad del título, hay que reconocer la validez de la determinación voluntaria del ausente que, en uso de un derecho innegable, enajenó sus bienes. Ahora bien: como la razón de la ausencia y de la administración de bienes del ausente estriba en la propiedad que sobre dichos bienes tiene el desaparecido, extinguida la propiedad se extingue la administración, porque el administrador no tiene ya que cuidar bienes del ausente.

El artículo concluye con una redundancia, porque dice: «en estos casos cesará el administrador en el desempeño de su car-

go,» cuando al principiar consignó que la administración cesaba en cualquiera de los casos que iba á enumerar. Resulta vano decir que cesa el administrador cuando cesa la administración.

Respecto de que los bienes quedarán á disposición de los que á ellos tengan derecho, punto es este que no necesita explicación; y por lo que atañe á los frutos y rentas producidas, ya hemos dicho bastante en el comentario del art. 187, y á él nos remitimos. (Apéndice núm. 8. *De la administración de bienes de ausentes en ignorado paradero,*)

CAPÍTULO IV

DE LA PRESUNCIÓN DE MUERTE DEL AUSENTE

Dado el sistema seguido por el Código civil en el desarrollo de la institución que estamos estudiando, llegamos al tercer grado, es á saber, cuando, bien por el transcurso de la máxima duración de la vida humana ó por el de un número determinado de años bastante á presumir fundadamente la muerte del desaparecido, se declara legalmente, no la certidumbre de la muerte, porque esto sólo puede provenir de una prueba plena, sino la presunción.

El fundamento que daba el Rey Sabio en sus magníficas Partidas con respecto á la prescripción, puede aplicarse con relación á la ausencia... "porque cada ome pudiesse ser cierto del señorio que ouiesse sobre ellas." No conviene que las cosas permanezcan inciertas respecto al señorío que sobre ellas ejerzan las personas á quienes les correspondan. A todo trance debe procurarse la fijación de los derechos. Por esto, cuando el estado de incertidumbre de la persona se robustece y avanza hasta rayar en las fronteras de la inexistencia, hay que sentar un principio, una presunción derivada en virtud de la más sana lógica, apoyada en el terreno positivo, á saber, la muerte; así como en la prescripción hay que arrancar de otra presunción, el aban-

dono; porque ambas presunciones vienen á constituir la razón del derecho que se crea, para *que cada ome pueda ser cierto del señorio que ouiere sobre ellas.*

El Código civil español desarrolla el principio expuesto en cuatro artículos. Fija el número de años que habrán de transcurrir para declarar la presunción de muerte á instancia de parte. Fiel en la idea que le inspira, concede también una espera de seis meses para que la sentencia se ejecute, y como consecuencia de la ejecución, declara que se abrirá la sucesión del ausente.

Finalmente: si bien es cierto que el deseo de fijar los derechos impulsa á presumir y declarar la muerte del ausente, también lo es que esta declaración no se hace en pena al abandono de los bienes; así pues, es llano que si la presunción resultase fallida, débese reconocer, como lo reconoce el Código, el derecho del ausente á rescatar sus bienes en el estado que tengan, aunque no las rentas y los frutos percibidos.

ART. 191. Pasados treinta años desde que desapareció el ausente ó se recibieron las últimas noticias de él, ó noventa desde su nacimiento, el Juez, á instancia de parte interesada, declarará la presunción de muerte.

Concordancias. — Análogo á los artículos 332 y 157 de los proyectos de Código de 1851 y 1882.

PRECEDENTES LEGALES. — *Part.* 3.ª, *tit. XIV, ley* 14. — Dubda podria acaecer ligeramente de algunos omes que andan en tierras estrañas si son biuos o muertos; porque aurian a contender sus parientes en razon de los bienes dellos, razonando los

vnos que son mas cercanos del parentesco e que deuen heredar lo suyo, que es muerto; e los otros que quieren contradezir á esto razonan que es biuo. E por ende queremos aqui dezir, en que manera deue el Judgador recebir prueua sobre tal contienda como esta. E dezimos, que si aquel de cuya muerte dubdan dizen que en estraña e luen ra tierra es muerto, e grand tiempo es passado, assi como diez años arriba; que abonda, que prueuen que esto es fama entre los de aquel logar, e que públicamente dizen todos que es muerto. Ca non podria ome tan ligeramente auer testigos, para prouar fecho que ouiesse contecido en tan luenga tierra, e de tan grand tiempo; e mayormente que lo ouiessen visto muerto ó soterrar: mas si aquel que dizen que es finado, razonan que murió de poco tiempo acá, assi como de cinco años ayuso, o en tal tierra de que se pueda ligeramente prouar, e saber la verdad; estonce deue ser prouada la muerte por testigos que le vieron muerto, e soterrar; e non abondaria, que fuesse prouado por fama tan solamente.

Part. 3.ª, tit. XXXI, ley 26.—Esta ley, con ocasión de determinar la duración del usufructo otorgado á villa ó ciudad si no se señalare tiempo, fija el máximun de duración de la vida humana, porque dice:

«E asmaron los sabios, que en el tiempo de los cien años pueden ser muertos quantos eran nascidos el dia que fuesse otorgado el vsofruto.»

ART. 192. La sentencia en que se declare la presunción de muerte de un ausente, no se ejecutará hasta después de seis meses, contados desde su publicación en los periódicos oficiales.

Concordancias.—Análogo al art. 158 del proyecto de Código de 1882.

PRECEDENTES LEGALES.—*Ninguno.*

COMENTARIO DE LOS ARTÍCULOS 191 Y 192.—Para declarar la presunción de muerte del ausente, parte la ley de dos reglas dis-

tintas, pero que tienen estricta aplicación, por cuanto de ambas, y por la fuerza de un razonamiento innegable, se viene á parar á la misma deducción, es á saber, la presunción de muerte.

Es la primera de las reglas la del transcurso de treinta años seguidos, á contar desde la desaparición del ausente, sin haberse tenido noticias de su paradero. Es la segunda la que se apoya en la edad que el ausente tenía en el momento de su desaparición, y toma su razón de ser de la máxima duración de la vida humana; así, v. gr., desaparece de su domicilio una persona de cuarenta años de edad; hay necesidad de que transcurran treinta años para que el Juzgado pueda declarar la presunción de su muerte. Es, por el contrario, una persona de setenta y cinco años la que desaparece de su domicilio; contando desde su nacimiento, bastará el transcurso de quince años para que el Juzgado declare la presunción de su muerte.

El motivo de las dos reglas diversas, susceptibles de ser aplicadas, no puede ser más lógico.

Disienten mucho los Códigos respecto al plazo que debe transcurrir para declarar la presunción de muerte de aquel cuyo paradero se ignora. Al paso que unos distinguen entre si la desaparición fué después de una batalla ó naufragio, ó en circunstancias normales, otros, la generalidad, establecen un plazo fijo que varía mucho, según las legislaciones; pues mientras que algunas requieren sólo cinco años para presumir muerto al desaparecido, otras adoptan un criterio distinto, estableciendo determinada edad del individuo para reputarlo fallecido.

El Código francés no exige una solemne declaración judicial de la presunción de muerte del ausente. Basta que hayan pasado treinta años, contados desde el día de su nacimiento, para que entren en posesión definitiva de los bienes las personas que tengan derecho á ellos. Lo mismo dice el Código italiano.

Nuestro proyecto de 1851 establecía la misma doctrina que el Código civil vigente.

He aquí un caso, el que tratamos, en que no se sabe si la personalidad civil se ha extinguido, y no obstante la presunción de la muerte, aquélla permanecerá como dormida, yacente, si vale la frase, presta á reanimarse y á cobrar sus antiguos y desmayados bríos si el ausente apareciere. Por eso la regla general del artículo 32 de que la personalidad civil se extingue por la muerte

tiene, no diremos que un caso de excepción, pero sí de *cuasi excepción* en la presunción tantas veces expresada. Dicha *cuasi excepción* ha sido recogida por el art. 34 en relación con el capítulo que tratamos.

Son indudablemente más conformes con los principios universales que informan la ciencia del Derecho las doctrinas sustentadas por el Código civil vigente que las mantenidas por la legislación de Partidas, ora se trate de aplicar una regla ú otra de las dos que comprende el art. 191.

Decían las antiguas leyes de Partida que si pasados diez años se probase que era fama que había muerto el ausente, debiera estimársele fallecido.

Son demasiado transcendentales los efectos que en el orden civil produce la presunción de la muerte para cerrar de plano toda apelación á la presunción de vida á los diez años, mucho más dada la actual estructura de la institución jurídica de la ausencia. Por otra parte, fijando el plazo de los treinta años se atiende al tiempo máximo para la prescripción, y se admite como criterio, en cuanto á la duración, aproximadamente el término de la vida media de un hombre.

Por lo que concierne al número de años que el Código fija como límite máximo de la vida humana, noventa años es una edad avanzadísima, y aunque algunos exceden de dicha edad, no constituye la regla general, sino la excepción, y los Códigos deben atenerse á la realidad, que es la que abunda en más provechosas enseñanzas.

Las leyes de Partida, por vía de incidencia, fijaron en cien años la vida máxima del individuo, cuando dijeron: «E asmaron los sabios que en el tiempo de los cien años pueden ser muertos quantos eran nascidos el dia que fuesse otorgado el vsofruto.»

Pasados, pues, como hemos visto, los noventa años, á contar del día del nacimiento del ausente, ó los treinta desde su desaparición ó desde que se recibieron las últimas noticias, el Juez, dice el artículo, á instancia de parte interesada, declarará la presunción de muerte.

¿Quiénes se considerarán partes interesadas para pedir la declaración de muerte del ausente? A nuestro modo de ver, las mismas personas designadas en el art. 185, que están facultadas para pedir la declaración de ausencia, es decir: *primero*, el cón-

yuge presente; *segundo*, los herederos instituídos en testamento; *tercero*, los parientes que hubieren de heredar ab-intestato, y *cuarto*, los que tuvieren sobre los bienes del ausente algún derecho subordinado á la condición de su muerte.

Finalmente, aunque el Código no dice otra cosa que «partes interesadas» y excluye intencionalmente al Ministerio público, hay un caso en que deberá, á nuestro entender, reputársele parte legítima para pedir la declaración de presunción de muerte del ausente.

Este caso es cuando no se presenten parientes con derecho á la sucesión legítima, y surja, á tenor del art. 956, el derecho del Estado á heredar, y por ende los establecimientos de beneficencia. El Ministerio público representa el interés social, toda vez que el prestigio de la ley, como tal debe estimarse. ¿Y se negará que el mayor provecho de los establecimientos de beneficencia redunda en pro del aludido interés? Claro es que no. Nunca, por tanto, será más augusta la misión del Ministerio fiscal que cuando la ejercite en favor de los intereses públicos. No se diga que el interés particular de los establecimientos es el que debe promover la acción judicial. Dichos asilos están bajo la égida del Estado, que como supremo representante de los intereses de la nación, extiende su influencia á los referidos establecimientos, ora correspondan á la esfera central, provincial ó municipal.

Buena prueba nos da el art. 956 del Código, llamando al Estado á la sucesión, siquiera se destine la herencia á los establecimientos benéficos.

Siendo, pues, el Estado el que por la representación que ostenta, hereda, no hay que decir que redundando en beneficio del interés que pudiéramos llamar público, por cuanto atañe al sentimiento de la generalidad en favor del desvalido, es el Ministerio fiscal el llamado á promover la gestión judicial para que se declare la presunción de muerte del ausente en ignorado paradero, sin dejar herederos, testamentarios ó ab-intestato dentro del grado reconocido por la ley.

Llámanos la atencion la palabra «sentencia» que se emplea en el art. 192 para designar la resolución judicial que declare la presunción de muerte del ausente. Dícese en dicho artículo que la *sentencia* en que se declare la expresada presunción no se ejecutará hasta después de seis meses, contados desde su publicación en los periódicos oficiales.

Nada hemos de decir respecto de este nuevo plazo, espera, como expresamos al ocuparnos del comentario del art. 186, que se concede al ausente; último aliento de la presunción de vida que va á trocarse en muerte. Allí nos pareció acreedora á las alabanzas, y no hay razón en este caso tan idéntico para cambiarlas por censuras.

Lo que sí nos llama la atención, como hemos dicho, es la palabra *sentencia*. ¿Quiere decir el Código que precedan los trámites de un juicio, únicos que pueden conducir á una sentencia, ó emplea la palabra en toda su generalidad, y por lo tanto, en el sentido de cualquier resolución que produzca por su firmeza un estado definitivo? Nos inclinamos á esta solución. Detenidamente considerado, no se trata de resolver una cuestión entre partes conocidas y determinadas: precisamente de una de las que podrían reputarse como contendientes en su caso, y con la debida representación, se pretende su exclusión de la vida social, de igual suerte que si hubiese acaecido su fallecimiento,

No hay, pues, cuestión ninguna, no hay litigio, no puede haber juicio. Hay sí que efectuar una probanza, á saber: la de que han transcurrido treinta años desde la desaparición del ausente, ó noventa desde su nacimiento, y no se han tenido noticias de su paradero. Probado esto, la propia ley es la que le reputa muerto, debiendo el Juez pura y simplemente hacer aplicación del principio declarado por el Código al hecho probado, y en su consecuencia, consignar la presunción en el correspondiente documento judicial.

Tiene esto visos de acto de jurisdicción voluntaria, puesto que sin contienda entre partes conocidas y determinadas se solicita la intervención del Juez exigida por la ley para que declare solemnemente un hecho jurídico, el de que el ausente debe estimarse como fallecido á los efectos que en el orden civil produce la extinción de la personalidad por la muerte.

Si así no fuese, y la palabra sentencia empleada supusiera la forma de juicio para su pronunciamiento, habría que conferir la representación del ausente á un tutor para que litigara y defendiera el derecho del desaparecido, enfrente de la petición de la parte contraria, relativa á la declaración de la presunción de muerte. Como esta deducción nos parece desviada de los principios del derecho procesal, terminamos reproduciendo nuestra

opinión, que consiste en considerar que el Código ha empleado la voz sentencia, no en el concepto estrictamente derivado del artículo 369 de la ley de Enjuiciamiento civil, sino en el general de toda resolución que causa estado, como, v. gr., le causa el auto de declaración de herederos abintestato, etc., y que en su consecuencia, el procedimiento que habrá de seguirse será el que la ley determina en los actos de jurisdicción voluntaria.

ART. 193. Declarada firme la sentencia de presunción de muerte, se abrirá la sucesión en los bienes del ausente, procediéndose á su adjudicación por los trámites de los juicios de testamentaría ó abintestato, según los casos.

Concordancias.—Igual al art. 159 del proyecto de Código de 1882.

PRECEDENTES LEGALES.—*Ninguno.*

COMENTARIO.—Vuelve á repetir el artículo la palabra sentencia, y para mayor confusión dice: «Declarada firme.» Esto supone que contra la referida sentencia caben recursos y que sólo cuando se haya dicho la última palabra y no quepan contra ella ulteriores alzadas, será firme. No lo creemos; para nosotros, lo que el Código quiere decir es que el auto en que se declare la presunción de muerte del ausente producirá sus efectos después de seis meses, contados desde la publicación en los periódicos oficiales, y consiguientemente que hasta entonces no podrá procederse á su ejecución. En este sentido se ha empleado por el Código la palabra *firme*, siquiera se separe algo del verdadero significado jurídico dentro del más puro derecho de procedimiento.

Por lo que respecta á que una vez firme la presunción de muerte se abrirá la sucesión en los bienes del ausente, procediéndose á su adjudicación por los trámites de los juicios de testamentaría ó abintestato, según los casos, nada hay que oponer en cuanto al principio que se establece. La misma generalidad

de su redacción exige el desarrollo para mayor facilidad en la práctica

Supongamos que se ha dictado el auto declarando la presunción de muerte del ausente, v. gr., á petición de un pariente colateral llamado á la sucesión por la ley; la resolución judicial se ha publicado en los periódicos oficiales y han transcurrido los seis meses que el art. 192 exige.

Al decir el Código *se abrirá la sucesión*, sin expresar nada respecto á que tal resolución se adopte á instancia de parte legítima, parece deducirse que es el Juzgado el llamado á promover por su propio derecho los respectivos juicios de testamentaría ó abintestato. Algunos comentaristas del proyecto de 1851, al ocuparse de un artículo que guarda mucha analogía con el presente, así lo interpretaron. El Código vigente, á pesar de su silencio, deja traslucir una deducción contraria.

En primer lugar, no hay razón que justifique esta extemporánea y voluntaria intervención del Juzgado, precisamente cuando en el supuesto de que fuese precisa, lo es también y más que nunca la de las partes interesadas; además, si ha sido siempre exigida la petición al Juzgado por conducto de persona que ostente legítimo derecho, ora para adoptar las medidas provisionales, como para pedir la administración de los bienes, la declaración de ausencia y la presunción de muerte, justo es que se promueva particularmente la acción judicial generadora de los efectos civiles mas transcendentales, por cuanto aclarados los derechos, las cosas van á parar á la posesión definitiva de las personas que á ellas tienen opción. Concurre en nuestro abono un terminante precepto del Código civil. Dice éste que la sentencia en que se declare la presunción de muerte no se ejecutará hasta que transcurran seis meses á contar desde la publicación de aquélla en los periódicos oficiales. Prescindiendo de la denominación de sentencia, observamos que se habla de ejecución de la misma Ahora bien: el principio de Derecho procesal es el de que no se procederá á ejecutar una sentencia sino á instancia de parte. Cierto que podrán promover é instar la ejecución las personas que se consideren con derechos, cuya efectividad dependa de la presunción de muerte; pero este caso no destruye el principio del derecho de procedimientos expuesto, ni menos demuestra que sea el Juzgado el que haya de promover el juicio ab-intestato,

cuando el art. 960 de la ley de Enjuiciamiento civil terminantemente declara que para que el Juzgado pueda prevenir el juicio ab-intestato se necesita que no deje el finado descendientes, ascendientes, colaterales dentro del cuarto grado ni cónyuge legítimo.

Por tanto, se requerirá la instancia de parte legítima, y se reputarán como tales todos los que pueden pedir la declaración judicial de la presunción de muerte del ausente.

Puede el desaparecido haber muerto, testado ó ab-intestato. En el primer caso, el testamento es susceptible de revestir las tres formas comunes del Derecho: abierto, cerrado, y hoy, puesto que el Código la ha reconocido, la forma del testamento ológrafo. Cada uno de estos tres casos exigirá diversas diligencias. En el primero no puede suscitarse dificultad ninguna, y se procederá á verificar las particiones y á la adjudicación de los bienes relictos en la forma prescrita. Sólo una duda engendra la redacción del artículo. Dice éste que se abrirá la sucesión y se procederá á la adjudicación de los bienes del ausente por los trámites de los juicios de testamentaría ó abintestato. ¿Quiere esto decir que siempre y en todo caso será preciso promover el correspondiente juicio? Más adelante trataremos esta cuestión.

Si el testamento fuese cerrado, se procederá á su apertura con las solemnidades establecidas por la ley de Enjuiciamiento en sus artículos 1.956 y siguientes. Abierto el testamento y conocidos los herederos, los trámites siguientes se equiparan á los del testamento abierto, volviéndose á presentar la misma duda antes expresada.

Si fuese un testamento ológrafo, como quiera que según el artículo 689, el testamento expresado para su validez ha de protocolizarse dentro de cinco años, contados desde el fallecimiento del testador, y en este caso, desde que la sentencia declarando la presunción de un ausente sea firme, la persona en cuyo poder se halle deberá presentarlo al Juzgado, procediéndose á tenor de los artículos 690 y siguientes del Código civil, según los mismos determinan.

Justificada la identidad del testamento, protocolizado, y expedidos por el Notario los correspondientes testimonios, el caso viene á fundirse con los anteriores, suscitándose la misma duda.

Si el ausente no hubiese testado y dejase descendientes directos que se hallasen, v. gr., en la posesión provisional de los bienes

del ausente, ó, para hablar con más sujeción á las palabras del Código, en la administración de los referidos bienes, podrán promover el expediente de declaración de herederos ab-intestato, y una vez declarados tales, no hay diferencia entre este caso y los anteriores. Si fuesen ascendientes ó colaterales hasta el cuarto grado y aun de grado más remoto hasta el sexto, se seguirá el procedimiento de los artículos 982 al 986 de la ley de Enjuiciamiento civil, respecto de los primeros, y con relación á los segundos, después de prevenido el ab-intestato, el determinado en los artículos 986 y siguientes.

Viene aquí ya en su propio lugar la cuestión propuesta de si, dados los términos del Código civil en el artículo que estudiamos, se necesitará para la adjudicación el juicio de testamentaría ó ab-intestato, según los casos. Razones hay que batallan en pro de la afirmativa y de la negativa. Van por la primera el texto del Código, por cuanto categóricamente expresa como necesarios, al parecer, los expresados juicios universales; además, la consideración de que el estado de la persona cuya presunción de muerte se ha declarado, exige mayores solemnidades; también campea en pro de la solución afirmativa que corrobora la razón anterior, el art. 194, que concede al ausente, si se presenta, el derecho de recobrar sus bienes en el estado que tengan, de lo cual claramente se deduce que la presunción, no causando un estado totalmente definitivo, debe rodearse en sus efectos de las garantías de la ley Van en contra de las razones expresadas, la de que el Código emplea las palabras *según los casos*, y como, á tenor de la ley de Enjuiciamiento, los hay en que debe cesar inmediatamente la intervención judicial, y otros en que no es necesario el juicio, pueden muy bien significar las palabras subrayadas, que el Código, en armonía con la ley de Enjuiciamiento, excluye los casos en que ésta no exige semejante solemnidad; por otra parte, como si resultase perjuicio para algún interesado, tiene éste el derecho de promover el juicio voluntario, concurriendo los requisitos que la ley de Enjuiciamiento exige, dicha facultad es un escudo que protege los derechos contingentes del presunto fallecido contra la mala fe; finalmente, por lo que respecta al ausente y sus bienes, en nada se les perjudica aunque apareciese luego, y antes bien, se les favorece excluyendo la intervención judicial, porque las costas habrán de ser menores.

Mucho pueden unos y otros argumentos; pero si nos decidiéramos de un modo absoluto por la primera solución, surgiría en seguida el siguiente caso, es á saber, el de un ausente que hubiese prohibido en su testamento la intervención judicial, y designado albaceas que representasen la herencia y realizasen las operaciones divisorias.

Conocida es la voluntad del ausente en este caso y sabido el contenido de los artículos 1.044 y 1.045 de la ley de Enjuiciamiento civil, que no consienten la prevención del juicio de testamentaría cuando el testador lo haya prohibido expresamente, como asimismo la intervención judicial en la testamentaría si el testador también lo hubiese prohibido; y finalmente, el 1.047, que establece que en cualquier estado del juicio voluntario de testamentaría podrán separarse de su seguimiento las partes interesadas.

Visto el pro y el contra, digamos que nuestra opinión se divide, tomando como punto de partida la prohibición del testador. Si éste no lo hubiese expresamente prohibido, conceptuamos necesario el correspondiente juicio. Al cabo, de esta suerte se fijará solemnemente el derecho de cada una de las partes en los bienes de la herencia. Si lo hubiese prohibido, creemos que deberá respetarse la voluntad del testador.

Si durante la tramitación del juicio universal correspondiente hubiese precisión, para atender á los gastos, de enajenar bienes, se procederá con las formalidades prevenidas por la ley de Enjuiciamiento, si se tratase de bienes de menores. Así lo dispone el Código civil (art. 903, párrafo 2.º).

ART. 194. Si el ausente se presenta ó, sin presentarse, se prueba su existencia, recobrará sus bienes en el estado que tengan, y el precio de los enajenados ó los adquiridos con él; pero no podrá reclamar frutos ni rentas.

Concordancias.—Análogo á los artículos 325 y 160 de los proyectos de Código de 1851 y 1882.

PRECEDENTES LEGALES.—*Ninguno.*

COMENTARIO.—Contingencias que no es dable prever han retenido al ausente en punto donde no le ha sido posible transmitir noticias de su paradero; declarada ya la presunción de su muerte, logra restituirse á su país, y entonces, como dice con razón el Sr. García Goyena, cesando la causa, que es la ausencia, deben cesar sus efectos. Si no lo hubiese logrado, basta que haya conseguido hacer llegar noticias de su existencia, para que se produzca el mismo resultado, por cuanto recobra los bienes de su propiedad en el estado que tengan y el precio de los enajenados ó los adquiridos con el importe de la enajenación.

El artículo, respetando el derecho que lleva consigo una posesión definitiva por virtud de un título hereditario, no destruye las relaciones jurídicas creadas á la sombra de un justo título, porque, aparte de que destruirlo constituiría una verdadera expoliación, vendría á comunicar tal carácter de inseguridad á los derechos que la ley consagra, y á trastornar de tal modo los hechos consumados, que el Código que amparara tal desafuero sería digno de las más agrias censuras.

El arbitrio más apropiado para respetar ambos derechos, el del ausente que se hubiere presentado y el del poseedor definitivo, es el excogitado por el Código, á saber: que los bienes los recobre en el estado que tengan, de suerte que si en ellos hubiere habido mejoras, sean éstas de cualquiera de las que el Derecho reconoce, las hará suyas el ausente, lo mismo que si la finca hubiere sufrido depreciación por daños que representen un valor real y positivo desmembrado del que la finca tenía. Ni en el primer caso tendrá derecho el poseedor á reclamar el importe de las mejoras, pudiendo, á la sumo, separarlas si no sufriese menoscabo la cosa objeto de la devolución, ni en el segundo caso el ausente tendrá derecho á reclamar indemnización por los deterioros causados.

Tal es el rigor del principio consignado en el art. 194, objeto de nuestro estudio. ¿Pero este rigor es hijo de una madura reflexión acerca de la naturaleza jurídica del caso, y por lo tanto deliberado, ó producto de la genialidad de los redactores del Código civil como otras muchas disposiciones legales? Reconoce-

mos que el principio ha sido escrito no por influjo del azar, sino del estudio y la meditación. Veámoslo.

La *Enciclopedia de Derecho y Administración*, de Arrazola, estudiando el art. 325 del proyecto de 1851, de cuyo artículo es una transcripción literal el 194 que ahora estudiamos, dice:

«El ausente recobrará sus bienes en el estado que tengan. Estas palabras son bien significativas: ha convertido, por ejem. plo, una huerta en jardín, ha derribado una casa para hacer distinto empleo del terreno, ha constituído en los campos una servidumbre, ha dejado perder una cosecha por su negligencia; todo esto ocasionará, con efecto, daños postreros, pero no están sujetos á indemnización alguna; que el poseedor haya usado ó abusado, nada significa para dar derecho alguno al ausente. Pero, ¿qué sucederá en el caso contrario, cuando en lugar de disminuir el valor de los bienes del ausente y deteriorarse, ha habido reparaciones, mejoras y útiles reformas? A pesar de esto, el ausente nada tendrá que abonar, por lo mismo que en el caso contrario nada le es lícito pedir. El poseedor no tiene responsabilidad por el modo con que administró los bienes, y el ausente tampoco por el modo en que los recibe; atiéndese únicamente al estado en que se encuentran, y este estado, tanto puede ser próspero como desfavorable.»

La opinión de los doctos redactores de la *Enciclopedia Española de Derecho y Administración* es también la nuestra. Comprendemos que las consecuencias que de la misma se derivan son harto severas, respecto del poseedor que ha invertido su peculio en reparaciones necesarias para la conservación y subsistencia de la cosa, porque quedará desposeído de la misma y sin derecho ninguno á la reclamación del importe de los gastos hechos; pero para juzgar con conocimiento de causa, no hay que reducirse á contemplar la cuestión desde una sola de sus fases ó aspectos, sino que debemos estudiarla en su totalidad.

El estado de derecho que se produce por la declaración judicial de la presunción de muerte del ausente, y la adjudicación de sus bienes á los herederos, testamentarios ó legítimos, como quiera que descansa sobre una presunción eventual que puede desvanecerse por el mero hecho de presentarse el sujeto cuya muerte se presume, ó por acreditarse su existencia, no es un estado jurídico, absoluto y definitivo, digámoslo así, sino eminentemente

relativo y movedizo. Ni crea, por lo que atañe á los bienes, una relación de dominio absoluta, ni podemos afirmar que genere una relación posesoria perfecta.

La situación que se produce participa de los caracteres de ambas relaciones, y por su indeterminación podemos calificarla de *sui géneris*. Prueba palmaria de su enlace con la relación de propiedad, la encontramos en la disposibilidad libérrima de que disfruta el adjudicatario, llamémosle así, de los bienes del ausente, una vez declarada la presunción de muerte.

Si la restitución de los bienes, según el art. 194, se ha de limitar á los que existan actualmente en el estado en que se hallen y al precio de los enajenados ó de los adquiridos con él, síguese lógicamente que no cabe comprender en la masa de bienes restituibles, aquellos que hubiesen salido de manos del adjudicatario no *pro pretio*, sino por vía de donación, salvo el caso en que ésta fuera simulada y apareciese claramente como máscara del fraude.

El adjudicatario puede vender la cosa que le fué adjudicada, y en su caso, es decir, si el ausente se presentase ó se acreditase su existencia, deberá aquél restituir á éste su precio; demostración concluyente de que la venta se reputa válida y eficaz. Si así no fuera, la ley no hubiese establecido la acción que el ausente que apareciese puede ejercitar, y éste tendría explícito el uso del *jus vindicandi* para recuperar la cosa de manos de un tercero. Existe, sí, una *reivindicatio juris* por decirlo así; pero es únicamente respecto de aquellas cosas que el poseedor conserva en su poder. Por lo que atañe á las enajenadas, el ausente, ó quien su derecho ostente, sólo tiene acción para pedir el precio de la enajenación ó las nuevas cosas en que dicho precio se hubiese invertido.

El poseedor puede afectar las cosas adjudicadas con todo género de gravámenes. Si constituye una servidumbre, el fundo quedará sometido á la carga, y ésta no desaparecerá aunque se adquieran noticias del presunto fallecido ó se presente. Si impone un censo ó un derecho real hipotecario, el ausente tendrá que respetarlo, y la cosa volverá á su pleno dominio con las cargas que el poseedor le impuso.

Todavía existe un carácter de importancia para la apreciación exacta del singular estado en que constituye al poseedor legítimo la presunción de muerte del ausente; y es que el adjudicatario de los bienes no responde del dolo ó culpa grave con que hubiese

procedido en el cuidado de los mismos. Es ésta una propiedad característica, que deslinda el caso que estudiamos del de toda posesión disfrutada con buena ó mala fe.

Ciertamente, el poseedor de buena fe no responde del deterioro ó pérdida de la cosa poseída (art. 457); pero le es imputable el dolo y la culpa grave. Así es, que si en el cuidado de la cosa ó de la heredad se condujo negligentemente y dió margen con su omisión voluntaria á que la casa se derrumbase ó á que la heredad se convirtiese en improductiva, la ley le hace responsable del daño y del perjuicio ocasionado. No sucede así con el adjudicatario de los bienes del ausente, porque la presunción de dominio que le ampara, aun siendo presunción, es absoluta y sin la limitación que en toda relación posesoria se reserva al derecho del propietario. El adjudicatario, aunque proceda con negligencia grave, con manifiesto abandono, aunque la casa se arruine, aunque el río destruya la heredad, aunque el fundo se torne improductivo, aunque el bardal se desmorone y la huerta quede expuesta á la rapiña del primer merodeador, no es responsable de sus negligencias y abandonos para con un tercero. Le escuda y protege la presunción absoluta de dominio.

La reflexión acentuada sobre el caso nos enseña que el dolo no es presumible, ni por consiguiente imputable. En la relación posesoria, el dominio, como facultad de una persona distinta del poseedor, es un factor ó elemento esencial y persistente, mientras la posesión no se trueque en propiedad por el transcurso del tiempo, en concurrencia con los demás requisitos que son necesarios para usucapir. Así es que la ley positiva, en contemplación á ese derecho del propietario, intangible, por decirlo así, pero realizable, establece una penalidad civil que resarza el daño, cuando el poseedor se conduce con dolo ó negligencia grave. El dolo se explica porque hay un tercero en cuyo daño puede recaer, y al que en su caso ha de corresponder exigir la reparación del daño causado.

Mas observemos que el adjudicatario de los bienes del ausente goza de inmunidad por lo que á los bienes adjudicados respecta, cuya inmunidad se la comunica la presunción absoluta de dominio. Al paso que en la relación posesoria es elemento integrante el derecho preferente del propietario, aquí este factor no existe, porque habiendo mediado una consolidación, la ley

reputa al adjudicatario como señor indiscutible de los bienes desde que éstos le son adjudicados, sin que la remota contingencia de la aparición del ausente influya lo más mínimo, mientras la eventualidad no se convierta en hecho demostrado. En esto precisamente estriba la diferencia de los efectos. No existiendo, pues, un mero poseedor, sino un propietario amparado por la ley con una presunción absoluta de dominio, falta lo esencial para que el dolo exista. El dolo es término jurídico de relación, en cuanto no podemos concebir dolo para con uno mismo, y por eso el adjudicatario de los bienes del ausente no puede incurrir en esta tacha desde el momento en que la ley le considera dueño y le protege con una presunción absoluta.

Hemos dicho antes que el estado jurídico que se produce por la declaración judicial de la presunción de muerte del ausente no crea, por lo que á los bienes atañe, ni una relación absoluta de dominio, ni una relación posesoria perfecta.

La demostración de lo primero se deduce irrefragable del hecho de proceder la ley por medio de presunciones. Así como presume la muerte del ausente, salvo pruebas en contrario, así también presume el dominio del adjudicatario, en tanto, por la demostración de la existencia del sujeto incierto, no se destruya la indicada presunción. A un dominio que está subordinado á la eventualidad más ó menos problemática de un acontecimiento, no podemos atribuirle la cualidad de absoluto.

Recapitulando lo expuesto, observamos que el adjudicatario goza de la libre disposición de los bienes adjudicados, pudiendo, en su consecuencia, venderlos, permutarlos, donarlos, constituir sobre ellos toda clase de gravámenes, como, v. gr., servidumbre, censo, hipoteca. Para mayor identidad de la adjudicación con el dominio, vemos también que la ley no le hace responsable del daño que por su negligencia probada pueda sobrevenir en las cosas, explicándose esto por la desestimación y consiguiente inimputabilidad del dolo que consigo trae lo absoluto de la presunción dominical.

Aunque á simple vista se manifiesta la preeminencia de los elementos integrales del dominio, no por eso los factores que se relacionan con un estado posesorio quedan oscurecidos completamente. El precepto en cuya virtud el adjudicatario, aun después de estar obligado á restituir las cosas adjudicadas, por efecto de

la aparición del ausente, no lo está á la devolución de los frutos y las rentas, se explica únicamente por la estimación legal de una posesión de buena fe, como exteriorización de la presunción de propiedad.

Ahora bien: estudiadas las diferencias sustanciales que median entre las situaciones jurídicas respectivas del adjudicatario de los bienes del ausente y del mero poseedor, ¿se explican nuestros lectores la especialidad de la regla establecida en el artículo 194? A nosotros parécenos razonable y justa.

Si el mero poseedor de buena fe tiene derecho á los gastos necesarios y á las mejoras útiles, este beneficio es la legítima compensación del deber en que está de procurar la conservación y subsistencia de la cosa poseída. ¿Cómo concederlo al adjudicatario el resarcimiento de los gastos necesarios y de las mejoras útiles? *Secundum naturam est, commoda cuiusque rei eum sequi, quem sequentur incommoda.* ¿No ha disfrutado el adjudicatario de las cosas adjudicadas como si fueran propias? ¿No ha podido donarlas y gravarlas? ¿No ha gozado de la facultad de usar y abusar de las mismas, como consecuencia de estos derechos y de su libre ejercicio? ¿Es acaso imposible que el ausente no consiga lograr la restitución de sus bienes, ó que se le restituyan ruinosos y abandonados? Y esto no obstante, ¿habremos de imponerle la obligación de abonar los gastos necesarios y las mejoras útiles? Constituiría una irritante desigualdad.

Dice muy bien el art. 194: «El ausente recobrará sus bienes en el estado que tengan.» Literalmente hay que interpretar este precepto así como lo interpretó Arrazola en su *Enciclopedia jurídica.* Averiguado el pensamiento capital que informa el susodicho artículo, continuemos su estudio.

Como la mala fe del adjudicatario, prevaliéndose de su ventajosa posición, pudiera idear vender los bienes inmuebles para en el caso de la aparición del ausente ocultar el valor de la venta, el Código civil, previendo la contingencia, dispone que el ausente recobrará el precio de los bienes enajenados ó los adquiridos con dicho precio. De suerte que, si el adjudicatario hubiese permutado la finca poseída por otra cualquiera propiedad de un tercero, ésta adquirirá el ausente si apareciese; pero si á más del trueque de los inmuebles hubiese recibido una demasía en metálico, entendemos que quedará afecta á la devolución.

Claro es que si se tratase de metálico la ocultación es fácil; pero contra la mala fe en este terreno se estrellan todas las leyes y Códigos escritos.

Finalmente: los susodichos efectos se producirán del mismo modo cuando, sin presentarse el ausente, se probase su existencia. Esta prueba puede tener lugar de diversos modos: ya por noticias que se reciban, bien por actos directos que revelen su existencia, ora porque aparezca un instituído heredero en testamento otorgado por el ausente, ora, por último, por la presentación de un tercero que acredite con documento fehaciente haber adquirido por compra los bienes del ausente y pruebe éste que existía al tiempo de la adquisición.

En cualquiera de estos casos, cesada la ausencia, causa, cesaría el efecto, como ya hemos dicho antes, copiando las palabras de García Goyena.

No es que el desaparecido deje de estar ausente, puesto que permanece fuera del lugar de su residencia; es que la ausencia incierta se tornará cierta, y como expusimos en la introducción, los efectos en el orden civil serán distintos.

Si después de declarada la presunción de muerte se presentare un tercero acreditando la vida del ausente y haber adquirido sus bienes, ¿se entenderá que el adjudicatario en virtud de la ejecución de la sentencia en que la expresada presunción se declara, debe reintegrar los bienes en el estado en que se hallaren, y por consiguiente, si los hubiere mejorado, con las mejoras? Nuestra opinión se inclina á la afirmativa, y partimos del principio de que el ausente sólo pudo enajenar lo que hubiere podido adquirir á su aparición.

CAPÍTULO V

DE LOS EFECTOS DE LA AUSENCIA RELATIVAMENTE Á LOS DERECHOS EVENTUALES DEL AUSENTE

También la ausencia surte sus efectos en el orden de aquellos derechos que pueden ó no pueden producirse, puesto que dependen de la realización de un hecho eventual; por eso el Código los denomina derechos eventuales.

La misión que en un principio se impusieron los legisladores de proteger al ausente garantizando sus derechos, tenía forzosamente que repercutir en este orden en que el azar, esa conjunción de causas inapreciables que producen un efecto apreciable, á saber, un hecho, desempeña tan importante papel. Por eso el Código en los cuatro artículos del capítulo se ocupa de los derechos provenientes de un hecho inesperado, como, v. gr., la muerte de una persona á cuya sucesión estuviese llamado el ausente, y sienta la regla general que habrá de seguirse, reservando al sujeto incierto, si se presentase, el derecho de reclamar la porción de bienes que le hubiese correspondido, aunque no los frutos y rentas de dichos bienes en atención á la buena fe y justo título con que los poseyeron provisionalmente los coherederos llamados por la ley á acrecer en la parte del ausente.

ART. 195. El que reclame un derecho perteneciente á una persona cuya existencia no estuviere reconocida, deberá probar que existía en el tiempo en que era necesaria su existencia para adquirirlo.

Concordancias.—Igual en el fondo al art. 327 del proyecto de Código de 1851 y copia literal del art. 161 del proyecto de Código de 1882.

PRECEDENTES LEGALES.—*Ninguno.*

ART. 196. Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo anterior, abierta una sucesión á la que estuviere llamado un ausente, acrecerá la parte de éste á sus coherederos, á no haber persona con derecho propio para reclamarla. Los unos y los otros, en su caso, deberán hacer inventario de dichos bienes con intervención del Ministerio fiscal.

Concordancias.—Análogo al art. 328 del proyecto de Código de 1851 é igual al 162 del de 1882.

PRECEDENTES LEGALES.—No existen precedentes concretos. El precepto que insertamos á continuación, sumamente curioso, guarda cierta remota analogía con el caso del artículo.

Fuero Viejo de Castilla, libro V, tit. III, ley 15.—Quando marido y muger viven en uno, e muer despues el uno qualquier dellos, e an fijos en uno, e aquel que finca viuo, quier eredat sua particion á los fijos o á los agnados, o á los parientes mas propinquos del muerto, e non sabe dellos nin los puede fallar, devel decir a los Alcalles do son moradores o do an suos algos, quier mueble, o rais, que el esta presto para dar sua particion a aque-

llos parientes mas propinquos que la deven auer, si la viniesen tomar; e los Alcalles del logar deven escrebir todos los bienes e darles carta de emplaçamiento, si fueren en el señorio del Rey de Castiella, e si los fallare, develos aplaçar por aquella carta quel lieva ante los Alcalles del logar o ante otros omes bonos, do los fallare, diciendo: que fulan, suo pariente, es finado, de quien ellos deven eredar; e que los Alcalles del logar onde el era morador le emplaçan que vengan o embien tomar sua particion a aquel logar do era morador el muerto e a y suos bienes: e si la tierra es aquende los puertos, que venga fasta quince dias de plaço a tomar sua particion, e si fuer allende los puertos, devenle dar treinta dias de plaço a que venga; e si fuer aplaçado ansi como dicho es, seyendo en la tierra e non veniendo a los plaços, los Alcalles del logar deven escrebir el dia del plaço a que ovo de venir si fuere fallado e aplaçado; e si non fuere fallado en la tierra nin aplaçado, devenle dar plaço fasta un año, e devel atender aquel que tiene los bienes fasta en aquel plaço, e debe endereçar e guardar las lauores e los ganados a costa de todos, e deven ser pregonados tres veces a que vengan tomar sua particion, e si vinieren a qualquier de estos plaços, seyendo en la tierra o fuera de la tierra, ansi como sobre dicho es, el que tiene la buena develes dar toda sua particion de toda la buena que les dejo el muerto a la ora que finó, e las ganancias, si algunas y a fechas en estos bienes fasta aquel tiempo de los emplaçamientos. E si a los plaços non vinieren o non embiaren a tomar sua particion derecha de los bienes que fincaron en suo poder a la ora que finó el muerto, de muebles e de raices, mas nol pueden demandar ninguna ganancia que fuese fecha con aquellos bienes fasta el tiempo, que los vienen demandar pasando los plaços, nin el non es tenudo de responderles por ganancia que fiço despues de los plaços.

COMENTARIO DE LOS ARTÍCULOS 195 Y 196.—Hay que reconocer que el artículo es oscuro en su redacción, y para convencerse de ello es suficiente su simple lectura, de la que no se forma el cabal juicio que el Código ha querido expresar.

Háblase de aquel que reclame un derecho perteneciente á una persona cuya existencia no estuviere reconocida, y se dice que

deberá probar que dicha persona existía en el tiempo en que su existencia era necesaria para adquirir el referido derecho.

Se ha copiado, casi textualmente, este artículo del Código francés, y basta leer á Bigot de Preameneu cuando se ocupa del artículo 135 del Código civil de su nación, para comprender perfectamente el artículo presente. Dice dicho autor: «El uso seguido de antiguo en París, existente todavía en algunas partes, se reducía á considerar al ausente, con relación á los derechos, que venían á recaer en beneficio suyo, como presente. Sin embargo, se ha optado por un procedimiento más sencillo y único verdadero, á saber: desechar, tanto la presunción de vida como la de muerte del ausente, y atenerse á la siguiente regla, según la cual el que reclame un derecho correspondiente á una persona cuya existencia no esté reconocida, debe probar que este individuo existía cuando el derecho *a été ouvert*, dice Bigot; nuestros legisladores, traduciendo el *a été ouvert* del art. 135 del Código civil francés, han dicho: en el tiempo en que era necesaria su existencia para adquirirlo. Ahora bien: visto que el Código francés ha empleado un concepto genérico al decir «individuo cuya existencia no esté reconocida,» y que nuestro Código ha copiado dicho concepto sin necesidad, debemos suponer que, adoptada la regla y el concepto, su significación será la propia.

En esta hipótesis, veamos la obra de Rogron y leeremos que «persona cuya existencia no esté reconocida,» equivale á ausente presunto ó á ausente declarado.

Ya está descifrado el artículo. Quiere, pues, éste decir: que aquel que reclame un derecho perteneciente á una persona que haya desaparecido de su domicilio ignorandose su paradero, habiéndose tomado judicialmente las medidas provisionales exigidas por la ley, ó habiéndose ya declarado la ausencia, esto es, ausente presunto y ausente propiamente dicho, deberá probar la existencia de dicha persona cuando era necesaria para adquirir el derecho de que se trate.

Respecto á la probanza de la existencia del sujeto incierto, incumbe la prueba al que pretenda corresponderle el derecho, por el conocido principio de *Ei incumbit probatio qui dicit*, y por las leyes 2.ª, tít. III, libro veintidós del Digesto; 1.ª y 2.ª, título XIV, Part. 3.ª, y art. 1.240 del Código civil.

Hay, pues, que partir siempre, para la comprensión del ar-

tículo, del principio de que se trata de un derecho adquirido por el ausente con posterioridad á su desaparición.

El art. 196 del Código, en íntima relación con el 195, dice que, sin perjuicio de lo dispuesto, abierta una sucesión á la que estuviere llamado un ausente, acrecerá la parte de éste á sus coherederos, á no haber persona con propio derecho para reclamarla.

Nos parece muy ajustado al más puro derecho este artículo. ¿Quiénes, en efecto, con más derecho que los coherederos para acrecer la parte del ausente?

El cariño del testador se distribuye entre aquellos á quienes designa sus herederos, y la presunción más en armonía con la conducta observada por el testador es distribuir entre los demás partícipes de la herencia aquella parte de la que no puede disfrutar uno de los llamados, por efecto de su ausencia. Este fundamento del derecho de acrecer, lo ha recogido el Código, inspirándose sanamente al sentar el precepto del artículo presente.

¿Qué personas serán éstas de que habla el artículo revestidas de propio derecho para reclamar la posesión del ausente?

En nuestro sentir, sólo los que gozan del derecho de representación; así, v. gr., los hijos del ausente.

Razones de equidad, que no desatiende el Derecho, aconsejan asimismo preferir los hijos á los demás coherederos. El comentarista García Goyena, al tratar el art. 328, sentó la misma opinión, siendo de advertir que el proyecto de 1851 no mencionó para nada las personas que tuvieran derecho propio á reclamar la porción del ausente; en cambio, resolvió el caso de que el ausente fuese el único heredero, llamando á los qué en su defecto les correspondiese heredar.

Es digna de la mayor alabanza la intervención del Ministerio fiscal en el inventario de los bienes que constituyen la porción que acrece la de los demás coherederos, porque de esta suerte se deslindan los bienes propios de cada uno, de aquellos otros adquiridos por virtud del derecho de acrecer que el Código les concede. Lo mismo decimos cuando haya personas con propio derecho que hubieren entrado en la posesión de los bienes heredados por el ausente. Muchos fraudes y ocultaciones se evitarán seguramente con esta acertada medida, que corona dignamente la perseverancia del legislador en prestar su decidido apoyo al ausente, asegurando sus derechos.

ART. 197. Lo dispuesto en el artículo anterior se entiende sin perjuicio de las acciones de petición de herencia ú otros derechos que competan al ausente, sus representantes ó causahabientes. Estos derechos no se extinguirán sino por el lapso del tiempo fijado para la prescripción. En la inscripción que se haga en el Registro de los bienes inmuebles que acrezcan á los coherederos se expresará la circunstancia de quedar sujetos á lo que dispone este artículo.

Concordancias.—Análogo á los artículos 327 y 163 de los proyectos de Código de 1851 y 1882.

PRECEDENTES LEGALES.—Carece de precedentes concretos. Esto no obstante, en mérito á la singularidad de las leyes de Partida que regulan la ausencia, aunque de un modo indirecto, las insertamos á continuación:

Part. 3.ª, *tit. XXIII, ley* 10.—Van en hueste los omes, o en mandaderia del Rey, o por procomunal de su Concejo, e dexan Personeros en sus lugares, que amparen su derecho: e a la sazon que dan juyzio contra ellos, non estan delante, nin pueden venir maguer los emplazen. E por ende dezimos, que si el Personero de qualquier dellos non lo amparó derechamente, o se non alçó el juyzio que dieron contra alguno dellos; que desdel dia que fuere tornado a su casa, o lo supiere, fasta diez dias, puede tomar alçada. E si por auentura, a la sazon que se fue alguno dellos de la tierra, non dexo Personero que amparasse su derecho, estonce la sentencia que diessen contra el, non le empeceria. E puede pedir al Judgador, como por manera de restitucion, que le torne el pleyto en aquel estado, en que era el dia que salio de su casa para yr a alguno de los lugares sobredichos. E el Juez deuelo fazer: porque el fue, por derecha, e guisada razon, embargado para non poder seguir su pleyto. Esso mismo dezimos que deue ser guardado, en el juyzio que fue dado contra el que cayese en catiuo.

Part. 3.ª, *tit. XXIII, ley* 11.—En romeria, o a Escuelas van algunos por razon de seruir a Dios, o para aprender alguna scien-

cia; e contece, que los emplazan en sus casas, que vengan a oyr la sentencia, sobre los pleytos que auian començado por respuesta ante los Judgadores, en ante que fuessen en la romeria, o a Escuelas. E por ende dezimos, que si acaesciesse que diessen sentencia contra alguno dellos, si el ouo Personero por si, o otro ome quel amparasse derechamente su pleyto; que non se puede alçar de la sentencia, quando viniere, maguer se tenga por agrauiado della. Mas si por auentura dexasse Personero, e se muriesse ante que el pleyto fuesse acabado, e despues de su muerte diessen sentencia contra aquel que lo auia dexado en su lugar; a su venida puede pedir al Judgador, fasta diez dias desdel dia que llegare al lugar, e lo supiere, que torne el pleyto en aquel estado, que era ante que fuesse en la romeria, o a Escuelas; e el Judgador deuelo fazer. Esso mismo dezimos que deue fazer, si por auentura, ante que se partiesse, non pudiesse auer Personero en quien fiasse el pleyto, porque fuesse granado, o non pudiesse auer Personero que lo supiesse amparar. Empero non le deuen caber, a menos que jure primero, que lo non fizo maliciosamente. Otro tal dezimos del que fuesse desterrado, o metido en prision, por yerro que ouiesse fecho.

Part. 3.ª, *tit. XXIII*, *ley* 12.—Engañosamente estoruan, o detienen algunos omes a sus contendores, despues que los han fecho emplazar, que vengan a oyr la sentencia o vayan delante por el pleyto que han començado por respuesta, deteniendolos en los caminos por engaño o por fuerça; de manera que non vienen al plazo, e dan la sentencia contra ellos. E por ende dezimos, que el que assi fuere detenido, o embargado de su contendor, si el engaño, o la fuerça pudiere prouar, que non le empece la sentencia; ante dezimos, que el Judgador deue tornar el pleyto en aquel mismo estado en que era, en ante que la sentencia ouiesse dado sobrel. E si el engaño, o la fuerça por que el fue detenido, que non vino a oyr la sentencia, acaescio por otro ome, e non por su contendor, estonce non deue el pleyto tornar al primero estado; mas puedesse alçar de la sentencia el agrauiado, si quisiere, de diez dias adelante que supiere que fuere dada contra el, e seguir su alçada. Esso mismo seria, si el que ouiesse de venir al plazo, fuesse embargado por grandes nieues, o por llenas de rios, o por ladrones, o por sus enemigos conocidos que le tuuiessen el camino, o por gran enfermedad que le acaesciesse.

Part. 3.ª, *tit. XXIX, ley* 18.—Las cosas muebles de como se ganan por tiempo auemos mostrado fasta aqui. E agora queremos mostrar, e fablar de las otras cosas que son rayzes, o incorporales, como, e en que manera se pueden ganar por tiempo. E por ende dezimos, que si algun ome rescibe de otro alguna cosa en buena fe, de aquellas que se non pueden mouer assi como por compra, o por donadio, o por cambio, o por manda o por alguna otra razon derecha; que si fuere tenedor della diez años, seyendo en la tierra el señor della, o veynte, seyendo en otra parte, que la puede ganar por este tiempo; maguer aquel de quien la ouiese recebido, non fuesse verdadero señor: e dende adelante non es tenudo de responder por ella á ningun ome; maguer dixesse, que queria prouar que el fuera verdadero señor della, e que non era sabidor que otro la ganasse por tiempo. E esto que dezimos en esta ley, ha lugar, quando aquel que enagena la cosa, e el otro que la recibe han buena fe, cuydando que lo pueden fazer; e aquel a quien passó es tenedor della en paz, de manera que non gela demandan en todo aquel tiempo que el la puede ganar.

COMENTARIO.—Tanto este artículo como los dos que preceden forman, por decirlo así, una cadena compuesta de tres eslabones. Es el primero la regla general, por cuya virtud no se considera si el ausente vive ó ha muerto, sino que únicamente se requiere para el reconocimiento del derecho reclamado la prueba de vida del ausente, cuando su existencia era precisa para adquirirlo; viene el segundo á depender de la regla general, estableciendo el derecho de acrecer de los coherederos del ausente en la parte que á éste le corresponda, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 195. De suerte que si alguno reclamase un derecho adquirido por el presunto ó declarado ausente, á pesar de que dicho derecho, en cuanto se refleje en el orden real de la porción de bienes que correspondan al desaparecido, acrece la porción de los demás coherederos, no por eso quedará exento el que lo reclame de probar la existencia del ausente en el tiempo que era necesaria para poder adquirir el expresado derecho sucesorio. Mas este derecho de acrecer concedido á los coherederos no constituye de ninguna manera un dominio absoluto é irreductible, porque en este caso redundaría en menoscabo de los derechos del ausente si apareciese, ó de sus representantes ó causahabientes: por eso el Códi-

go, sin perjuicio de que los bienes correspondientes al ausente por título hereditario acrezcan la parte de los coherederos, concede á las personas expresadas el derecho de ejercitar las acciones que les competan.

Si así no fuese, ¿á dónde iría á parar el respeto á los derechos adquiridos, v. gr., si teniendo acreedores el ausente y adquiriendo éste bienes por título de herencia, vieran aquéllos desvanecerse sus legítimas esperanzas porque los coherederos hacían suyos los bienes heredados por el ausente? Esto vendría á constituir una verdadera expoliación, que no puede consentir ningún Código que se inspire en la estricta justicia. Exactamente lo mismo sucederá si fuese el ausente el que recobrara su condición de presente. Adquirirá *ipso facto* el derecho de ejercitar sú acción, es á saber: la que los romanos denominaron *petitio hereditatis*, acción mixta de real y personal que prescribe á los treinta años, siquiera hoy venga á quedar englobada entre las acciones reales y sujeta, en su consecuencia, á los preceptos sobre prescripción de las mismas.

He aquí, pues, la cadena de que en un principio hablamos.

De la regla general, tomada del Código civil francés y mantenida por nuestro Código, deriva, sin limitarla en lo más mínimo, el derecho de acrecer de los coherederos, y de este precepto, y tomando la razón de su existencia del principio generalísimo que ensalzaron Bigot, Leroy y Huguet al discutirla en el Cuerpo legislativo, arranca la tercera regla que sanciona y garantiza el derecho del ausente, así como el de su representante y causahabientes, sin que en su esencia amengüe ni destruya el derecho de los coherederos.

Viene, pues, á ser este capítulo un verdadero organismo que de una idea matriz, corazón que reparte la fuerza vital á los demás órganos que están constituídos por esos preceptos reseñados en íntima armonía y conexión con la idea cardinal, forma un todo uno y vario, que es precisamente lo que constituye el organismo.

Dicha regla cardinal del art. 195 se funda en una idea que se condensa, como decía Leroy, en no considerar al ausente ni como vivo ni como muerto. Sin embargo, estudiándola en su fundamento, obsérvase que predomina generalmente la hipótesis de la muerte. Sin duda que, en consideración á dicha presun-

ción, se estatuye el derecho de los coherederos á acrecer la parte del ausente; pero siempre se respetan las acciones que competan al ausente ó sus representantes, como las de sus causahabientes, derivadas de obligaciones contraídas con el ausente, y que no pueden aniquilarse por la ausencia cuando encuentran el medio de producirse. Es que entonces, como por virtud de un reflejo, la obligación del ausente, probada su existencia cuando adquirió el derecho, que en esto se enlaza con la regla general, viene á encarnar en los bienes ó derechos adquiridos, siendo como una carga que los afecta y grava allí donde se hallaren. Por esto, aunque acrecen la porción del coheredero, el ausente ó su representante ó su causahabiente, en el caso más particular que estudiamos, puede perseguir los bienes que se hallaren en poder del coheredero.

Esto es lo que el artículo quiere decir, en perfecta deducción de la idea cardinal que preside al desenvolvimiento de la doctrina relativa á los derechos provenientes de la eventualidad y adquiridos por la persona incierta, aunque su incertidumbre no se halle declarada todavía.

De suerte que en definitiva, la regla es la siguiente: el coheredero acrece la porción del ausente, ó de la persona cuya existencia no estuviere reconocida á tenor del art. 196. Sin embargo, entra sólo en la posesión, no en el dominio.

Esta posesión puede ser interrumpida: *primero*, por la aparición del ausente que ejercitare la acción de petición de herencia, ú otro derecho que le correspondiere; *segundo*, por la presentación de un mandatario del ausente para ejercitar las acciones que competan á aquél, puesto que procede en su nombre; *tercero*, por los causahabientes del ausente. En esta palabra deben comprenderse aquellos que tienen un derecho derivado de la persona que lo causa; así, v. gr., dice Goyena al comentar el artículo correspondiente del proyecto de 1851, sus legatarios y acreedores, probando la existencia del ausente al abrirse la herencia. Exactamente lo mismo dice Rogron al comentar el art. 137 del Código civil francés, de donde se ha copiado el artículo que estudiamos. *Ou ayant-cause, ses legataires, ses créanciers.*

Y nada decimos de los hijos, puesto que por equidad y por su derecho de representación, los hemos conceptuado como con propia facultad para disputar á los coherederos que acrezcan, la

porción del ausente que les corresponde á ellos por virtud de su preferencia.

Añade el Código, perfeccionando la doctrina, que los derechos del ausente, representante y causahabientes no se extinguirán sino por el lapso del tiempo fijado para la prescripción. Prescindimos de la poca propiedad con que se expresa.

Partamos del principio de que el coheredero posee con un justo título, el que le da el art. 196 del Código civil al consagrar su derecho de acrecer la porción hereditaria del ausente.

Tengamos en cuenta asimismo que en el entretanto que ignore el paradero del ausente, la buena fe de su posesión es evidente.

Vendremos á parar á la derivación indestructible de que hay posesión justa en virtud del *titulus*, el art. 196 citado, *bona fides*, ya lo hemos expuesto, mientras tanto posea en la ignorancia del paradero del ausente; y si á estos elementos esenciales de la prescripción se añade el *tempus* por el plazo que la ley designa, la prescripción se integra produciendo derechos indestructibles.

Existiendo, pues, los tres requisitos exigidos por el Código en el art. 1.940, podrá adquirirse el dominio.

Nos remitimos al cap. II del tít. XVIII, libro cuarto del Código, allí donde se marca el lapso del tiempo necesario para adquirir por prescripción. El fundamento de este derecho concedido al coheredero, ya lo hemos dicho, estriba en la posesión que se le da de los bienes del ausente que acrecen la porción hereditaria de su pertenencia.

Concluye el artículo expresando que en la inscripción que se haga en el Registro, de los inmuebles que acrezcan á los coherederos, se expresará la circunstancia de quedar sujetos á lo dispuesto en el artículo.

Es una disposición merecedora de alabanzas y que viene á constituir, si se nos permite la frase, una especie de anotación preventiva del título posesorio, en la eventualidad de que la posesión tranquila del coheredero se interrumpa por la reclamación del ausente ó sus representantes ó causahabientes.

ART. 198. Los que hayan entrado en la herencia harán suyos los frutos percibidos de buena fe mien-

tras no comparezca el ausente, ó sus acciones no sean ejercitadas por sus representantes ó causahabientes.

Concordancias. — Igual en el fondo al art. 330 del proyecto de Código de 1851, y copia literal del art. 164 del de 1882.

PRECEDENTES LEGALES.—*Ninguno.*

COMENTARIO. — El artículo no es otra cosa que una aplicación del precepto legal consignado en el art. 451, de que el poseedor de buena fe hace suyos los frutos percibidos, mientras no sea interrumpida legalmente la posesión.

Con respecto al caso que estudiamos, la interrupción de la posesión está en la aparición del ausente ó de sus representantes ó causahabientes, y la mala fe consistirá en que los poseedores supieren la existencia del ausente ó procurasen ocultar las noticias de su paradero para continuar poseyendo. De la misma manera habrá mala fe si conociendo la existencia de descendientes del ausente con derecho á heredar por representación, se ocultare por los coherederos.

El fundamento en que descansa este categórico y justo precepto, ya hemos expresado que no es otro que la posesión legítima de los bienes del ausente.

Algunos Códigos han concedido al coheredero sólo una parte de los frutos. Es más justo y más en armonía con los principios del Derecho concederles los frutos y las rentas en totalidad.

APÉNDICES

1.° (Art. 109.)

Adulterio.—*Código penal, libro segundo, tít. IX, cap. I.*--Art. 448. El adulterio será castigado con la pena de prisión correccional en sus grados medio y máximo.

Cometen adulterio la mujer casada que yace con varón que no sea su marido, y el que yace con ella, sabiendo que es casada, aunque después se declare nulo el matrimonio.

Art. 449. No se impondrá pena por delito de adulterio sino en virtud de querella del marido agraviado.

Este no podrá deducirla sino contra ambos culpables, si uno y otro vivieren, y nunca si hubiere consentido el adulterio ó perdonado á cualquiera de ellos.

Art. 450. El marido podrá en cualquier tiempo remitir la pena impuesta á su consorte.

En este caso, se tendrá también por remitida la pena al adúltero.

Art. 451. La ejecutoria en causa de divorcio por adulterio surtirá sus efectos plenamente en lo penal cuando fuere absolutoria.

Si fuere condenatoria, será necesario nuevo juicio para la imposición de las penas.

Art. 452. El marido que tuviere manceba dentro de la casa conyugal, ó fuera de ella con escándalo, será castigado con la pena de prisión correccional en sus grados mínimo y medio.

La manceba será castigada con la de destierro.

Lo dispuesto en los artículos 449 y 450 es aplicable al caso de que se trata en el presente.

2.° (Art. 112.)

Caducidad de la instancia.—*Ley de Enjuiciamiento civil, libro primero, tit. X.*—Art. 411. Se tendrá por abandonadas las instancias en toda clase de juicios, y caducarán de derecho, aun respecto de los menores ó incapacitados, si no se insta su curso:

Dentro de cuatro años, cuando el pleito se hallare en primera instancia.

De dos, si estuviere en segunda instancia.

De uno, si estuviere pendiente de recurso de casación.

Estos términos se contarán desde la última notificación que se hubiere hecho á las partes.

Art. 412. No procederá la caducidad de la instancia por el transcurso de los términos señalados en el artículo anterior, cuando el pleito hubiere quedado sin curso por fuerza mayor ó por cualquier otra causa independiente de la voluntad de los litigantes.

En estos casos se contarán dichos términos, desde que los litigantes hubieren podido instar el curso de los autos.

Art. 413. Será obligación del Secretario ó actuario, en cuyo oficio radiquen los autos, dar cuenta al Juez ó Tribunal respectivo, luego que transcurran los términos señalados en el art. 411, para que se dicte de oficio la providencia correspondiente.

Art. 414. Si los autos se hallaren en primera instancia y resultare de ellos que han transcurrido los cuatro años sin que ninguna de las partes haya instado su curso, pudiendo hacerlo, se tendrá por abandonada la acción, y el Juez mandará archivarlos sin ulterior progreso.

En este caso serán de cuenta de cada parte las costas causadas á su instancia.

Art. 415. Cuando los autos se hallaren en segunda instancia ó en recurso de casación, luego que transcurran los términos respectivos, se tendrá por abandonado el recurso, y por firme la sentencia apelada ó recurrida, mandando devolver los autos al Tribunal ó Juez inferior, con certificación del auto en que se hubiere dictado esta resolución, para los efectos consiguientes.

En estos casos, las costas de la instancia caducada serán de cuenta del apelante ó recurrente.

Art. 416. De los autos á que se refieren los dos artículos anteriores, podrá el demandante, apelante ó recurrente, pedir reposición ó suplicar dentro de cinco días, si creyere que se ha procedido con equivocación al declarar transcurrido el término legal en cuya virtud se hubiere tenido por caducada la instancia, ó se hallare en el caso del art. 412.

No podrá fundarse la pretensión en ningún otro motivo.

Art. 417. Este recurso se sustanciará conforme á lo prevenido en los artículos 378 y 379, admitiéndose al que pida la reposición la justificación que ofrezca sobre el hecho en que la funde, concediéndose á este fin un plazo que no podrá exceder de diez días.

Art. 418. Las disposiciones de los artículos que preceden no serán aplicables á las actuaciones para la ejecución de las sentencias firmes. Estas actuaciones podrán promoverse hasta conseguir el cumplimiento de la ejecutoria, aunque hayan quedado sin curso durante los plazos señalados en el art. 411.

Art. 419. La caducidad de la primera instancia no extingue la acción, la cual podrá ejercitarse de nuevo en el juicio correspondiente, y entablando nueva demanda, si no hubiere prescrito con arreglo á derecho.

Art. 420. En los pleitos que á la promulgación de esta ley se hallen paralizados en cualquiera de las instancias, se contarán los términos señalados en el art. 411 desde el día en que, después de su publicación, empiece á regir.

Si estuvieren archivados, se tendrá por caducada de derecho la instancia pendiente, sin necesidad de declaración especial, á no ser que se promoviere su curso dentro de los plazos antedichos.

3.° (Art. 125.)

Informaciones para dispensa de ley.—*Ley de Enjuiciamiento civil, libro tercero, tít. VIII.*—Art. 1.980. No podrán recibirse las informaciones que tengan por objeto una dispensa de ley, sino en virtud de Real orden comunicada al Juez por su superior inmediato.

Art. 1.981. Recibida en el Juzgado la Real orden, se procederá á darle cumplimiento, mandando requerir al que la obtuvo para que preste la información correspondiente sobre los hechos expresados en su instancia, ó sobre los prevenidos en la Real orden.

Art. 1.982. Si durante la tramitación del expediente pidiera el interesado que se amplíe la justificación á otros hechos que no conocía cuando firmó la instancia, ó que crea ser de gran interés, podrá concederlo el Juez si los estimare importantes.

Art. 1.983. Estas informaciones se recibirán con citación del Promotor fiscal. También serán citadas las personas que tengan interés conocido y legítimo en el asunto, siempre que así se haya mandado en la Real orden, ó lo solicite el recurrente.

Art. 1.984. El actuario dará fe de conocer los testigos. Si no los conociere, exigirá que otros dos respondan del conocimiento de cada uno de ellos, y suscriban las declaraciones de los que se encuentren en este caso.

Art. 1.985. Si se hubiere mandado hacer la información con citación de alguna persona, se le oirá si, citada, solicitare la entrega del expediente.

También se admitirán los testigos y documentos que presentare sobre los hechos objeto de la información.

Art. 1.986. Cuando el citado no comparezca transcurrido que sea el término que para ello se le hubiere designado, continuará la sustanciación del expediente con sólo la intervención del Promotor fiscal, á no ser que aquél fuere menor ó incapacitado, en cuyo caso será indispensable su audiencia, y á este fin, deberá compelerse á su representante legítimo para que, sin excusa alguna, proponga dentro del término que el Juez señale, lo que al interés del menor ó incapacitado convenga.

Art. 1.987. Si pendiente una información mandada recibir sin citación, se presentare alguna persona oponiéndose á la dispensa para la cual se reciba, se le oirá, si tuviere conocido y legítimo interés en resistirla.

Art. 1.988. Para la compulsa ó cotejo de documentos, será indispensable la asistencia del Promotor fiscal.

Si no hubiere de compulsarse más que parte del documento, ó no fuere íntegra la copia que haya de cotejarse, el Promotor informará en la misma diligencia si en la parte que se omite hay

ó no alguna diferencia que modifique ó se oponga á la parte testimoniada.

Art. 1.989. Practicadas las diligencias acordadas á instancia de parte, ó mandadas en la Real orden, se entregará el expediente al Promotor fiscal para que emita dictamen por escrito.

Art. 1.990. Si el Promotor hallare que no se ha acreditado el conocimiento de los testigos en la forma prevenida en el art. 1.984, ó algún otro defecto notable, pedirá que se subsane. También podrá pedir la práctica de las diligencias que estime necesarias para la calificación acertada de los hechos en que se funde la petición de la gracia, y la citación de las personas que, teniendo interés legítimo para oponerse á su concesión, no hubieren sido citadas oportunamente, debiendo haberlo sido con arreglo á lo dispuesto en el art. 1.983.

Art. 1.991. Hallando el Promotor fiscal completa la instrucción del expediente, dará dictamen sobre el fondo del negocio.

Art. 1.992. Evacuada la audiencia del Promotor, el Juez emitirá su dictamen, que remitirá con el expediente al Tribunal superior en la forma acostumbrada.

Art. 1.993. La Sala de gobierno oirá al Fiscal, y subsanados los defectos que pueda tener el expediente, acordará el informe que deba elevarse al Gobierno, al cual remitirá original el expediente con copia certificada del dictamen fiscal. Si algún Magistrado hubiere disentido de la mayoría, podrá extender por separado su dictamen, que se insertará en la consulta.

4.° (Art. 148.)

Alimentos provisionales.—*Ley de Enjuiciamiento civil, libro segundo, título XVIII.*—Art. 1.609. El que se crea con derecho á pedir alimentos provisionales, presentará con la demanda los documentos que justifiquen cumplidamente el título en cuya virtud los pide.

Si el título se fundare en un derecho otorgado por la ley, se presentarán los documentos que acrediten la relación de parentesco entre el demandante y demandado, ó las circunstancias que den derecho á los alimentos, ofreciendo completar la justificación con testigos, si fuese necesario.

También ofrecerá acreditar el importe aproximado del caudal, rentas, sueldos ó pensiones que disfrute el que deba dar los alimentos, y las necesidades del que haya de recibirlos.

Se acompañarán además copias de la demanda y de los documentos en papel común.

Art. 1.610. El Juez no admitirá la demanda si no se acompañaren los documentos expresados en el artículo anterior.

Art. 1.611. Presentada en forma la demanda, el Juez acordará convocar á las partes á juicio verbal, el que se celebrará con arreglo á las disposiciones prescritas para el que ha de tener lugar en el interdicto de retener ó de recobrar, y en él se admitirán las pruebas que aquéllas propongan relativas á los extremos expresados en el art. 1.609, que no resulten justificados por los documentos acompañados á la demanda.

Art. 1.612. Este juicio tendrá lugar dentro del quinto día de la presentación de la demanda, si ambas partes estuvieren en el lugar del juicio, y se aumentará un día por cada treinta kilómetros que diste el demandado, á contar desde aquel en que se le haga la citación, pero sin que este plazo pueda exceder de diez, á cuyo efecto se le prevendrá que si dentro del plazo fijado no compareciere, se continuará el juicio sin más citarle ni oirle.

En el acto de la citación para el juicio se entregarán al demandado las copias de la demanda y de los documentos.

Art. 1.613. El demandado, en el acto del juicio, y no en otra forma, podrá oponerse al derecho á los alimentos alegado por el demandante ó negar la obligación, ya de prestarlos, ya de hacerlo en la cuantía que aquél pida.

Del resultado del juicio se extenderá el acta correspondiente, uniéndose á los autos los documentos que hubieren presentado las partes.

Art. 1.614. Dentro de los tres días siguientes á la celebración del juicio, el Juez dictará sentencia.

En la condenatoria al pago de alimentos, se determinará la cantidad en que han de consistir con el carácter de provisionales hasta que en el juicio declarativo correspondiente, si alguna de las partes lo promoviere, se fije definitivamente dicha cantidad; y se declarará que el pago ha de hacerse por mensualidades anticipadas.

Art. 1.615. La sentencia en que se denieguen los alimentos

será apelable en ambos efectos; la en que se concedan, lo será en uno solo.

En este caso, se remitirán los autos originales al Tribunal superior, quedando en el Juzgado testimonio de la sentencia para su ejecución, conforme á lo prevenido en el art. 391.

Art. 1.616. Si el que fuere condenado al pago de los alimentos, no hiciere efectiva la pensión el día en que deba pagarla según la sentencia, se procederá á su exacción por los trámites establecidos para el procedimiento de apremio después del juicio ejecutivo.

Lo mismo se practicará con las mensualidades que vayan venciendo.

Art. 1.617. Cualquiera que sea la sentencia firme que recaiga en estos juicios, no producirá excepción de cosa juzgada. Siempre quedará á salvo el derecho de las partes para promover el juicio plenario de alimentos definitivos, ventilando en él, por los trámites del declarativo que corresponda, tanto el derecho de percibirlos, como la obligación de darlos y su cuantía, sin perjuicio de seguir abonando mientras tanto la suma señalada provisionalmente.

5.° (Art. 156)

Asilo de corrección paternal y escuela de reforma.—*Ley de 4 de Enero de* 1883.—Art. 1.° Se autoriza á la Junta de patronos, y en su representación á la Comisión ejecutiva... que venía entendiendo en el proyecto de establecer una penitenciaría de jóvenes, para fundar un Asilo de corrección paternal y una Escuela de reforma en donde reciban educación correccional los jóvenes menores de diez y ocho años.

Art. 2.° El establecimiento se constituirá, en cuanto sea compatible con el objeto á que se destina, á la mayor proximidad de Madrid.

Art. 3.° Por ahora sólo podrán tener ingreso en el establecimiento:

1.° Los jóvenes viciosos sin ocupación ni medios lícitos de subsistencia, menores de diez y ocho años, de la provincia de Madrid.

2.° Los hijos de familia menores y los que se hallen bajo tu-

tela ó curatela, que sean objeto de corrección de sus padres ó guardadores, siempre que éstos tengan domicilio fijo en la provincia de Madrid.

3.° También podrán ser destinados al establecimiento los mayores de nueve años que, con arreglo á las disposiciones vigentes del Código penal, ó que rigiesen en lo sucesivo, sean objeto de declaración expresa de irresponsabilidad criminal por haber obrado sin discernimiento, en causas seguidas dentro del territorio de la Audiencia de Madrid.

Art. 4.° El establecimiento tendrá carácter privado, será regido por la Junta de patronos, bajo la inspección y vigilancia del Gobierno, y en su caso de los Tribunales, y conservará su carácter aun cuando obtuviese subvención del Estado. La provincia y el Municipio contribuirán con un auxilio permanente, que se consignará en sus respectivos presupuestos, y estarán representados en la Junta de patronos por el Presidente de la Diputación provincial y por el Alcalde-presidente del Ayuntamiento ó por un individuo de su seno, los cuales tendrán la consideración de vocales natos.

Art. 5.° Las adquisiciones que hiciere la Junta de patronos con destino al establecimiento estarán exentas del pago del impuesto de traslación de dominio, y las escrituras en que consten, así como los testimonios que fuese preciso expedir, se extenderán en papel de pobres. El referido establecimiento, por su carácter benéfico, gozará de las ventajas de la pobreza legal.

Art. 6.° Entre tanto que se publique una ley especial de corrección paternal, ó se consignen sus disposiciones en el Código civil, tendrá competencia para resolver sobre la petición de los padres ó guardadores el Juez municipal del distrito, á tenor de cuanto se disponga en el Reglamento para la ejecución de la presente ley. En cuanto á los jóvenes viciosos vagabundos, decidirá la autoridad administrativa con sujeción á los trámites que se establezcan en el mencionado Reglamento.

Art. 7.° La Junta de patronos ú otra que se constituya en análogas condiciones, podrán crear establecimientos de reforma próximos á las demás capitales de provincia con sujeción á las disposiciones de la presente ley, y atemperándose en cuanto fuese aplicable, según los casos, al Reglamento que se dicte para su ejecución.

Art. 8.° La Junta de patronos procederá á formar el oportuno Reglamento para la ejecución de esta ley, que será sometido al examen y aprobación del Gobierno, el cual dictará, por conducto del Ministerio de la Gobernación, las disposiciones necesarias para el cumplimiento de la misma.

6.° (Art. 178.)

De la adopción y de la arrogación.—*Ley de Enjuiciamiento civil, libro tercero, tit. II.*—Art. 1.825. En los casos en que con arreglo á derecho sea necesaria licencia judicial para la adopción, el adoptante la solicitará del Juez de primera instancia competente, por medio de escrito, en el que expondrá las razones que tenga para ello, y que concurren los requisitos legales.

Se acompañarán al escrito las partidas de bautismo ó certificaciones de nacimiento del adoptante y adoptando, y los demás documentos que sean pertinentes, y se ofrecerá información sobre los extremos que no puedan justificarse con documentos, y sobre la utilidad de la adopción para el adoptando.

Art. 1.826. El padre ó la madre que tengan bajo su potestad al adoptando podrán suscribir la solicitud, en cuyo caso se ratificarán en ella ante el Juez.

Si no la hubiesen suscrito, deberán dar su consentimiento á presencia del Juez, consignándose en los autos.

Art. 1.827. Cuando el adoptado sea mayor de siete años, el Juez le hará comparecer para explorar su voluntad, consignándose también en los autos, si está conforme con la adopción, ó no la contradice.

Art. 1.828. No oponiéndose el adoptado y prestando su consentimiento el padre, ó la madre en su caso, el Juez admitirá la información ofrecida, con citación del Promotor fiscal.

Esta información deberá ser, por lo menos, de tres testigos, de cuyo conocimiento dará fe el actuario, y si no los conociere, se presentarán dos testigos que respondan del conocimiento de aquéllos.

Art. 1.829. Dada la información, se pasará el expediente al Promotor fiscal, por término de seis días para que emita dictamen sobre si se han justificado en forma los requisitos legales

para la adopción, ó si estima necesario que se amplíe la justificación, ó se subsane algún defecto en el procedimiento.

Art. 1.830. Devuelto el expediente por el Promotor fiscal, y subsanados ó suplidos en su caso, los defectos ú omisiones que hubiere notado, el Juez llamará los autos á la vista, y dentro de cinco días dictará auto con la resolución que estime procedente.

Art. 1.831. Si el Juez estimare que procede la adopción según derecho, y que es útil al adoptado, concederá la autorización y licencia judicial para que se lleve á efecto, mandando que se libre y entregue á los interesados el oportuno testimonio para el otorgamiento de la correspondiente escritura.

En ésta intervendrán el adoptante, el padre ó la madre del adoptado, y éste si fuere mayor de catorce años.

Art. 1.832. En los casos en que sea necesario para la adopción el otorgamiento del Rey, y en los de arrogación, se presentará la solicitud en el Ministerio de Gracia y Justicia, con los documentos expresados en el párrafo 2.º del art. 1.825, y se instruirá el expediente en la forma prevenida en el tít. VIII de este libro, para las informaciones sobre dispensa de ley.

7.º (Art. 178.)

Escrito pidiendo la adopción.

AL JUZGADO

D..... mayor de cuarenta y cinco años, casado con Doña..... mayor de edad, domiciliado en esta Corte en la calle de..... número..... cuarto..... como mejor proceda, parezco y digo: Que no habiendo tenido de mi matrimonio sucesión, y hallándome dentro de las condiciones exigidas por el Código civil en su art. 173, no impidiéndome adoptar causa alguna de incapacidad ó prohibición expresada en el art. 174, y contando además con el consentimiento de mi consorte, que en prueba de conformidad firma el presente pedimiento, estando dispuesta á ratificarse ante la judicial presencia, he formado resuelto propósito de adoptar á..... de catorce años de edad, según lo acredita la adjunta partida de

nacimiento que con el núm. 1 acompaño, cuyo menor se encuentra bajo la tutela de D..... habiendo prestado su consentimiento á la adopción el consejo de familia, á tenor del acta de la sesión celebrada el día... de..... de..... que presento con el núm. 2.

Como, por otra parte, poseo bienes de fortuna, siendo el menor á quien pretendo adoptar pobre, síguese de aquí la manifiesta utilidad que habrá de seguirse en beneficio de éste.

Por todo lo expuesto,

Al Juzgado suplico: Que teniendo por presentado este escrito con los documentos que acompañan, se sirva, previos los trámites ordenados por la ley, deferir á mi pretensión dictando al efecto auto, del que me habrá de entregar testimonio, para formalizar la escritura correspondiente, incluyendo en ella su autoridad y decreto judicial para su mayor firmeza, pues así procede en justicia que pido.

Otrosí digo: Que á los efectos del art. 1.825 de la ley de Enjuiciamiento civil, y con el fin de acreditar la utilidad que habrde reportar al menor la adopción que pretendo, ofrezco informaá ción de los testigos designados en la adjunta lista, cuyos domicilios señalo á los efectos de la citación, siendo también de justicia, que como antes pido.

Madrid... de..... de 189...

Firma del solicitante. *Firma de su consorte.*

8.° (Art. 190.)

De la administración de bienes de ausentes en ignorado paradero.—*Ley de Enjuiciamiento civil, libro tercero, tít. XII.*—Artículo 2.031. Cuando por más de dos años se ignore el paradero de una persona que se hubiere ausentado de su domicilio dejando abandonados sus bienes, y no pueda justificarse su defunción, cualquiera de los parientes más próximos que hubieran de ser sus herederos *abintestato* podrá pedir que se le entregue bajo fianza la administración de dichos bienes.

Art. 2.032. El que deduzca la pretensión expresada en el artículo anterior deberá presentar los documentos que justifiquen su parentesco con el ausente, y una relación de los bienes cuya

administración solicite, con expresión de la renta que produzcan ó puedan producir.

Ofrecerá además información sobre los extremos siguientes:

1.° Sobre la ausencia é ignorado paradero de la persona de que se trate; fecha ó época en que se hubiere ausentado, y desde cuándo no se tiene noticia de su existencia.

2.° Que no existe persona autorizada por el ausente para el cuidado y administración de sus bienes.

3.° Que el demandante es el pariente más próximo del mismo, con expresión en su caso de los que se hallen en igual grado.

Art. 2.033. El Juez recibirá la información con citación del Promotor fiscal.

Esta información deberá ser de tres testigos por lo menos, que hubieren sido amigos, ó tenido relaciones con el ausente. El actuario dará fe de conocerlos, y si no los conociere se presentarán dos testigos de conocimiento.

Art. 2.034. Si de la información resultaren justificados los extremos expresados en el art. 2.032, el Juez mandará publicar dos edictos, con el intervalo y término de dos meses cada uno, llamando al ausente y á los que se crean con derecho á la administración de sus bienes, si aquél no se presentare.

Se publicarán estos edictos en el lugar del último domicilio del ausente y en el de los bienes, y se insertarán en la *Gaceta de Madrid* y en el *Boletín Oficial* de la provincia.

Se expresarán además en ellos los nombres de los que hubieren solicitado la administración de los bienes y su grado de parentesco con el ausente, previniendo á los que se crean con mejor derecho, que deberán justificarlo, con los correspondientes documentos, al comparecer en el Juzgado.

Art. 2.035. Transcurrido el término de los segundos edictos, y unidas á los autos las solicitudes de los que se hubieren presentado, se pasará el expediente al Promotor fiscal por seis días, para que emita dictamen sobre si estima procedente entregar á los parientes la administración de los bienes del ausente, y sobre el derecho de los reclamantes.

También podrá proponer el Promotor la subsanación de cualquiera falta que se hubiere cometido en la instrucción del expediente, en cuyo caso se proveerá previamente sobre este particular.

Art. 2.036. Cuando sea uno solo el pariente que haya reclamado la administración, y no se hubiere opuesto el Promotor fiscal, el Juez se la otorgará sin más trámites si lo estima procedente.

Lo mismo se practicará cuando, siendo dos ó más los pretendientes, hubieren manifestado su conformidad sobre cuál ó cuáles de ellos hayan de encargarse de la administración.

Art. 2.037. Fuera de los casos expresados en el artículo anterior, el Juez convocará á Junta, dentro de ocho días, á los pretendientes, para que se pongan de acuerdo sobre su mejor derecho, y cuál de ellos haya de encargarse de la administración.

Del resultado de la Junta se extenderá la oportuna acta, que firmarán los concurrentes con el Juez y el actuario.

Art. 2.038. Si resultare acuerdo en la Junta, el Juez mandará que se lleve á efecto lo convenido, en el caso de haberse justificado que no se tiene noticia de la existencia y paradero del ausente, el abandono de los bienes, y el parentesco de los que hayan de encargarse de la administración.

Art. 2.039. No mediando conformidad en la Junta, dentro de los tres días siguientes dictará auto el Juez, resolviendo lo que estime procedente, y mandando en su caso que se entregue desde luego la administración al pariente ó parientes nombrados por el mismo, sin perjuicio del derecho de los demás interesados, del que podrán hacer uso en el juicio que corresponda á la cuantía de los bienes.

Este auto será apelable en un solo efecto.

Art. 2.040. El administrador nombrado deberá prestar fianza, á satisfacción del Juez, en cantidad suficiente á responder de lo que produzcan los bienes, en cinco años por lo menos.

Esta fianza podrá ser de cualquiera de las clases que reconoce el derecho, menos la personal.

Para fijar su cuantía podrá el Juez disponer, si lo cree necesario, que se tase el valor en renta de los bienes por un perito de su elección.

Art. 2.041. Prestada la fianza por el administrador, acordará el Juez se le dé el correspondiente título ó testimonio de su nombramiento, y que se le entreguen los bienes bajo inventario, que formará el actuario con citación del Promotor fiscal y de los demás parientes que se hallen en el mismo grado de parentesco, y no sean administradores.

Al mismo tiempo, acordará que se tome anotación en el Re-

gistro de la Propiedad de la ausencia é ignorado paradero del dueño de los inmuebles, y del nombramiento de administrador, expidiéndose para ello los mandamientos oportunos.

Art. 2.042. El administrador tendrá derecho á la retribución que el Juez le señale, la que no podrá exceder del 10 por 100 de las rentas de los bienes, y estará obligado á llevar cuenta justificada de los productos y gastos, para rendirla al dueño de ellos, cuando se presente, ó á sus herederos ó causahabientes.

Art. 2.043. Se sobreseerá en estos procedimientos, cualquiera que sea el estado en que se hallen:

1.° Cuando comparezca el ausente, por sí ó por medio de apoderado.

2.° Cuando se adquiera noticia cierta de su existencia y paradero.

3.° Cuando se acredite la defunción del ausente y comparezcan sus herederos testamentarios ó *abintestato*.

4.° Cuando se presentare un tercero, acreditando con el correspondiente documento haber adquirido por compra ú otro título los bienes del ausente.

En estos casos, si estuviere nombrado el administrador, cesará en su cargo, poniendo los bienes á disposición de los que á ellos tengan derecho.

Art. 2.044. Si el ausente hubiere otorgado testamento, y los herederos en él instituídos presentaren copia fehaciente del mismo, podrán solicitar la administración de los bienes, conforme á lo prevenido en los artículos que preceden.

Art. 2.045. Cuando por más de dos años se hallen abandonados los bienes de un ausente, cuyo paradero se ignore, á instancia del Promotor fiscal ó de cualquiera persona, aunque no sea pariente, podrá el Juez acordar las medidas que estime necesarias para la seguridad y administración interina de los bienes, previa información sobre los extremos señalados en los números 1.° y 2.° del art. 2.032, y sin perjuicio de los procedimientos establecidos en este título, para llamar á los parientes y proveer en ellos la administración.

Art. 2.046. Si por parte legítima se hiciere oposición á los procedimientos establecidos en este título, fundada en no haber lugar á ellos, se sustanciará por los trámites que para los incidentes se determinan en el tít. III del libro segundo.

Mientras se sustancia la oposición, podrá el Juez adoptar las medidas que estime necesarias para la seguridad y administración de los bienes, si estuviesen abandonados.

Art. 2.047. Cuando por la presunción de muerte de un ausente pueda abrirse su sucesión testada ó intestada, hecha la declaración sobre aquel extremo, en el juicio correspondiente, se procederá por los trámites de los juicios de testamentaría ó de *abintestato*, según los casos.

TEXTO LITERAL DE LOS ARTÍCULOS

DEL CÓDIGO CIVIL

QUE CONTIENE ESTE TOMO

TÍTULO V

DE LA PATERNIDAD Y FILIACIÓN

CAPÍTULO PRIMERO

De los hijos legítimos.

Art. 108. Se presumirán hijos legítimos los nacidos después de los ciento ochenta días siguientes al de la celebración del matrimonio, y antes de los trescientos días siguientes á su disolución ó á la separación de los cónyuges.

Contra esta presunción no se admitirá otra prueba que la de la imposibilidad física del marido para tener acceso con su mujer en los primeros ciento veinte días de los trescientos que hubiesen precedido al nacimiento del hijo.

Art. 109. El hijo se presumirá legítimo, aunque la madre hubiese declarado contra su legitimidad ó hubiese sido condenada como adúltera.

Art. 110. Se presumirá legítimo el hijo nacido dentro de los ciento ochenta días siguientes á la celebración del matrimonio, si concurriere alguna de estas circunstancias:

1.ª Haber sabido el marido, antes de casarse, el embarazo de su mujer.

2.ª Haber consentido, estando presente, que se pusiera su apellido en la partida de nacimiento del hijo que su mujer hubiese dado á luz.

3.ª Haberlo reconocido como suyo expresa ó tácitamente.

Art. 111. El marido ó sus herederos podrán desconocer la legitimidad del hijo nacido después de transcurridos trescientos días desde la disolución del matrimonio ó de la separación legal efectiva de los cónyuges; pero el hijo y su madre tendrán también derecho para justificar en este caso la paternidad del marido.

Art. 112. Los herederos sólo podrán impugnar la legitimidad del hijo en los casos siguientes:

1.º Si el marido hubiese fallecido antes de transcurrir el plazo señalado para deducir su acción en juicio.

2.º Si muriere después de presentada la demanda, sin haber desistido de ella.

3.º Si el hijo nació después de la muerte del marido.

Art. 113. La acción para impugnar la legitimidad del hijo deberá ejercitarse dentro de los dos meses siguientes á la inscripción del nacimiento en el Registro, si se hallare en el lugar el marido, ó, en su caso, cualquiera de sus herederos.

Estando ausentes, el plazo será de tres meses si residieren en España; y de seis si fuera de ella. Cuando se hubiere ocultado el nacimiento del hijo, el término empezará á contarse desde que se descubriere el fraude.

Art. 114. Los hijos legítimos tienen derecho:

1.º A llevar los apellidos del padre y de la madre.

2.º A recibir alimentos de los mismos, de sus ascendientes, y en su caso, de sus hermanos, conforme al art. 143.

3.º A la legítima y demás derechos sucesorios que este Código les reconoce.

CAPÍTULO II

De las pruebas de la filiación de los hijos legítimos.

Art. 115. La filiación de los hijos legítimos se prueba por el acta de nacimiento extendida en el Registro civil, ó por documento auténtico ó sentencia firme en los casos á que se refieren los artículos 110 al 113 del capítulo anterior.

Art. 116. A falta de los títulos señalados en el artículo anterior, la filiación se probará por la posesión constante del estado de hijo legítimo.

Art. 117. En defecto de acta de nacimiento, de documento auténtico, de sentencia firme ó de posesión de estado, la filiación legítima podrá probarse por cualquier medio, siempre que haya un principio de prueba por escrito, que provenga de ambos padres conjunta ó separadamente.

Art. 118. La acción que para reclamar su legitimidad compete al hijo dura toda la vida de éste, y se transmitirá á sus herederos si falleciere en la menor edad ó en estado de demencia. En estos casos tendrán los herederos cinco años de término para entablar la acción.

La acción ya entablada por el hijo se transmite por su muerte á los herederos, si antes no hubiese caducado la instancia.

CAPÍTULO III

De los hijos legitimados.

Art. 119. Sólo podrán ser legitimados los hijos naturales.

Son hijos naturales los nacidos, fuera de matrimonio, de padres que al tiempo de la concepción de aquéllos pudieron casarse sin dispensa ó con ella.

Art. 120. La legitimación tendrá lugar:

1.° Por el subsiguiente matrimonio de los padres.

2.° Por concesión Real.

Art. 121. Sólo se considerarán legitimados por subsiguiente matrimonio los hijos que hayan sido reconocidos por los padres antes ó después de celebrado.

Art. 122. Los legitimados por subsiguiente matrimonio disfrutarán de los mismos derechos que los hijos legítimos.

Art. 123. La legitimación surtirá sus efectos en todo caso desde la fecha del matrimonio.

Art. 124. La legitimación de los hijos que hubiesen fallecido antes de celebrarse el matrimonio aprovechará á sus descendientes.

Art. 125. Para la legitimación por concesión Real deberán concurrir los requisitos siguientes:

1.° Que no sea posible la legitimación por subsiguiente matrimonio.

2.° Que se pida por los padres ó por uno de éstos.

3.° Que el padre ó madre que la pida no tenga hijos legítimos, ni legitimados por subsiguiente matrimonio, ni descendientes de ellos.

4.° Que, si el que la pide es casado, obtenga el consentimiento del otro cónyuge.

Art. 126. También podrá obtener la legitimación por concesión Real el hijo cuyo padre ó madre, ya muertos, hayan manifestado en su testamento ó en instrumento público su voluntad de legitimarlo, con tal que concurra la condición establecida en el núm. 3.° del artículo anterior.

Art. 127. La legitimación por concesión Real da derecho al legitimado:

1.° A llevar el apellido del padre ó de la madre que la hubiese solicitado.

2.° A recibir alimentos de los mismos, en la forma que determina el art. 143.

3.° A la porción hereditaria que se establece en este Código,

Art. 128. La legitimación podrá ser impugnada por los que se crean perjudicados en sus derechos, cuando se otorgue á favor de los que no tengan la condición legal de hijos naturales ó cuando no concurran los requisitos señalados en este capítulo.

CAPÍTULO IV

De los hijos ilegítimos.

SECCIÓN PRIMERA

Del reconocimiento de los hijos naturales.

Art. 129. El hijo natural puede ser reconocido por el padre y la madre conjuntamente, ó por uno solo de ellos.

Art. 130. En el caso de hacerse el reconocimiento por uno solo de los padres, se presumirá que el hijo es natural, si el que lo reconoce tenía capacidad legal para contraer matrimonio al tiempo de la concepción.

Art. 131. El reconocimiento de un hijo natural deberá hacerse

en el acta de nacimiento, en testamento ó en otro documento público.

Art. 132. Cuando el padre ó la madre hicieren el reconocimiento separadamente, no podrá revelar el nombre de la persona con quien hubiera tenido el hijo, ni expresar ninguna circunstancia por donde pueda ser reconocida.

Los funcionarios públicos no autorizarán documento alguno en que se falte á este precepto. Si á pesar de esta prohibición lo hicieren, incurrirán en una multa de 125 á 500 pesetas, y además se tacharán de oficio las palabras que contengan aquella revelación.

Art. 133. El hijo mayor de edad no podrá ser reconocido sin su consentimiento.

Cuando el reconocimiento del menor de edad no tenga lugar en el acta de nacimiento ó en testamento, será necesaria la aprobación judicial con audiencia del Ministerio fiscal.

El menor podrá en todo caso impugnar el reconocimiento dentro de los cuatro años siguientes á su mayor edad.

Art. 134. El hijo natural reconocido tiene derecho:

1.° A llevar el apellido del que le reconoce.

2.° A recibir alimentos del mismo, conforme al art. 143.

3.° A percibir, en su caso, la porción hereditaria que se determina en este Código.

Art. 135. El padre está obligado á reconocer al hijo natural en los casos siguientes:

1.° Cuando exista escrito suyo indubitado en que expresamente reconozca su paternidad.

2.° Cuando el hijo se halle en la posesión continua del estado de hijo natural del padre demandado, justificada por actos directos del mismo padre ó de su familia.

En los casos de violación, estupro ó rapto, se estará á lo dispuesto en el Código penal en cuanto al reconocimiento de la prole.

Art. 136. La madre estará obligada á reconocer al hijo natural:

1.° Cuando el hijo se halle, respecto de la madre, en cualquiera de los casos expresados en el artículo anterior.

2.° Cuando se pruebe cumplidamente el hecho del parto y la identidad del hijo.

Art. 137. Las acciones para el reconocimiento de hijos naturales sólo podrán ejercitarse en vida de los presuntos padres, salvo en los casos siguientes:

1.° Si el padre ó la madre hubiesen fallecido durante la menor edad del hijo, en cuyo caso éste podrá deducir la acción antes de que transcurran los primeros cuatro años de su mayor edad.

2.° Si después de la muerte del padre ó de la madre apareciere algún documento de que antes no se hubiese tenido noticia, en el que reconozcan expresamente al hijo.

En este caso, la acción deberá deducirse dentro de los seis meses siguientes al hallazgo del documento.

Art. 138. El reconocimiento hecho á favor de un hijo que no reúna las condiciones del párrafo segundo del art. 119, ó en el cual se haya faltado á las prescripciones de esta sección, podrá ser impugnado por aquellos á quienes perjudique.

SECCIÓN SEGUNDA

De los demás hijos ilegítimos.

Art. 139. Los hijos ilegítimos en quienes no concurra la condición legal de naturales, sólo tendrán derecho á exigir de sus padres alimentos conforme al art. 143.

Art. 140. El derecho á los alimentos de que habla el artículo anterior, sólo podrá ejercitarse:

1.° Si la paternidad ó maternidad se infiere de una sentencia firme, dictada en proceso criminal ó civil.

2.° Si la paternidad ó maternidad resulta de un documento indubitado del padre ó de la madre, en que expresamente reconozca la filiación.

3.° Respecto de la madre, siempre que se compruebe cumplidamente el hecho del parto y la identidad del hijo.

Art. 141. Fuera de los casos expresados en los números 1.° y 2.° del artículo anterior, no se admitirá en juicio demanda alguna que directa ni indirectamente tenga por objeto investigar la paternidad de los hijos ilegítimos en quienes no concurra la condición legal de naturales.

TÍTULO VI

DE LOS ALIMENTOS ENTRE PARIENTES

Art. 142. Se entiende por alimentos todo lo que es indispensable para el sustento, habitación, vestido y asistencia médica, según la posición social de la familia.

Los alimentos comprenden también la educación é instrucción del alimentista cuando es menor de edad.

Art. 143. Están obligados recíprocamente á darse alimentos, en toda la extensión que señala el artículo precedente:

1.° Los cónyuges.

2.° Los ascendientes y descendientes legítimos.

3.° Los padres y los hijos legitimados por concesión Real y los descendientes legítimos de éstos.

4.° Los padres y los hijos naturales reconocidos, y los descendientes legítimos de éstos.

Los padres y los hijos ilegítimos en quienes no concurra la condición legal de naturales, se deben, por razón de alimentos, los auxilios necesarios para la subsistencia. Los padres están además obligados á costear á los hijos la instrucción elemental y la enseñanza de una profesión, arte ú oficio.

Los hermanos deben también á sus hermanos legítimos, aunque sólo sean uterinos ó consanguíneos, los auxilios necesarios para la vida, cuando por un defecto físico ó moral, ó por cualquiera otra causa que no sea imputable al alimentista, no pueda éste procurarse su subsistencia. En estos auxilios están, en su caso, comprendidos los gastos indispensables para costear la instrucción elemental y la enseñanza de una profesión, arte ú oficio.

Art. 144. La reclamación de alimentos, cuando proceda y sean dos ó más los obligados á prestarlos, se hará por el orden siguiente:

1.° Al cónyuge.

2.° A los descendientes del grado más próximo.

3.° A los ascendientes, también del grado más próximo.

4.° A los hermanos.

Entre los descendientes y ascendientes se regulará la grada-

ción por el orden en que sean llamados á la sucesión legítima de la persona que tenga derecho á los alimentos.

Art. 145. Cuando recaiga sobre dos ó más personas la obligación de dar alimentos, se repartirá entre ellas el pago de la pensión en cantidad proporcional á su caudal respectivo.

Sin embargo, en caso de urgente necesidad y por circunstancias especiales, podrá el Juez obligar á una sola de ellas á que los preste provisionalmente, sin perjuicio de su derecho á reclamar de los demás obligados la parte que les corresponda.

Cuando dos ó más alimentistas reclamaren á la vez alimentos de una misma persona obligada legalmente á darlos, y ésta no tuviere fortuna bastante para atender á todos, se guardará el orden establecido en el artículo anterior, á no ser que los alimentistas concurrentes fuesen el cónyuge y un hijo sujeto á la patria potestad, en cuyo caso éste será preferido á aquél.

Art. 146. La cuantía de los alimentos, en los casos comprendidos en los cuatro números del art. 143, será proporcionada al caudal ó medios de quien los da y á las necesidades de quien los recibe.

Art. 147. Los alimentos, en los casos en que se refiere el artículo anterior, se reducirán ó aumentarán proporcionalmente según el aumento ó disminución que sufran las necesidades del alimentista y la fortuna del que hubiere de satisfacerlos.

Art. 148. La obligación de dar alimentos será exigible desde que los necesitare para subsistir la persona que tenga derecho á percibirlos; pero no se abonarán sino desde la fecha en que se interponga la demanda.

Se verificará el pago por meses anticipados, y, cuando fallezca el alimentista, sus herederos no estarán obligados á devolver lo que éste hubiese recibido anticipadamente.

Art. 149. El obligado á prestar alimentos podrá, á su elección, satisfacerlos, ó pagando la pensión que se fije, ó recibiendo y manteniendo en su propia casa al que tiene derecho á ellos.

Art. 150. La obligación de suministrar alimentos cesa con la muerte del obligado, aunque los prestase en cumplimiento de una sentencia firme.

Art. 151. No es renunciable ni transmisible á un tercero el derecho á los alimentos. Tampoco pueden compensarse con lo que el alimentista deba al que ha de prestarlos.

Pero podrán compensarse y renunciarse las pensiones alimenticias atrasadas, y transmitirse á título oneroso ó gratuíto el derecho á demandarlas.

Art. 152. Cesará también la obligación de dar alimentos:

1.° Por muerte del alimentista.

2.° Cuando la fortuna del obligado á darlos se hubiere reducido hasta el punto de no poder satisfacerlos sin desatender sus propias necesidades y las de su familia.

3.° Cuando el alimentista pueda ejercer un oficio, profesión ó industria, ó haya adquirido un destino ó mejorado de fortuna, de suerte que no le sea necesaria la pensión alimenticia para su subsistencia.

4.° Cuando el alimentista, sea ó no heredero forzoso, hubiese cometido alguna falta de las que dan lugar á la desheredación.

5.° Cuando el alimentista sea descendiente del obligado á dar alimentos, y la necesidad de aquél provenga de mala conducta ó de falta de aplicación al trabajo, mientras subsista esta causa.

Art. 153. Las disposiciones que preceden son aplicables á los demás casos en que por este Código, por testamento ó por pacto se tenga derecho á alimentos, salvo lo pactado, lo ordenado por el testador ó lo dispuesto por la ley para el caso especial de que se trate.

TÍTULO VII

DE LA PATRIA POTESTAD

CAPÍTULO PRIMERO

Disposición general.

Art. 154. El padre, y en su defecto la madre, tienen potestad sobre sus hijos legítimos no emancipados; y los hijos tienen la obligación de obedecerles mientras permanezcan en su potestad, y de tributarles respeto y reverencia siempre.

Los hijos naturales reconocidos, y los adoptivos menores de edad, están bajo la potestad del padre ó de la madre que los reconoce ó adopta y tienen la misma obligación de que habla el párrafo anterior.

CAPÍTULO II

Efectos de la patria potestad respecto á las personas de los hijos.

Art. 155. El padre, y en su defecto la madre, tienen, respecto de sus hijos no emancipados:

1.° El deber de alimentarlos, tenerlos en su compañía, educarlos é instruirlos con arreglo á su fortuna, y representarlos en el ejercicio de todas las acciones que pueden redundar en su provecho.

2.° La facultad de corregirlos y castigarlos moderadamente.

Art. 156. El padre, y en su caso la madre, podrán impetrar el auxilio de la Autoridad gubernativa, que deberá serles prestado, en apoyo de su propia autoridad, sobre sus hijos no emancipados, ya en el interior del hogar doméstico, ya para la detención y aun para la retención de los mismos en establecimientos de instrucción ó en institutos legalmente autorizados que los recibieren.

Asimismo podrán reclamar la intervención del Juez municipal para imponer á sus hijos hasta un mes de detención en el establecimiento correccional destinado al efecto, bastando la orden del padre ó madre, con el V.° B.° del Juez, para que la retención se realice.

Lo dispuesto en los dos párrafos anteriores comprende á los hijos legítimos, legitimados, naturales reconocidos ó adoptivos.

Art. 157. Si el padre ó la madre hubiesen pasado á segundas nupcias, y el hijo fuere de los habidos en anterior matrimonio, tendrán que manifestar al Juez los motivos en que fundan su acuerdo de castigarle; y el Juez oirá, en comparecencia personal, al hijo y decretará ó denegará la detención sin ulterior recurso. Esto mismo se observará cuando el hijo no emancipado ejerza algún cargo ú oficio, aunque los padres no hayan contraído segundo matrimonio.

Art. 158. El padre, y en su caso la madre, satisfarán los alimentos del hijo detenido; pero no tendrán intervención alguna en el régimen del establecimiento donde se le detenga, pudiendo únicamente levantar la detención cuando lo estimen oportuno.

CAPÍTULO III

De los efectos de la patria potestad respecto á los bienes de los hijos.

Art. 159. El padre, ó en su defecto la madre, son los administradores legales de los bienes de los hijos que están bajo su potestad.

Art. 160. Los bienes que el hijo no emancipado haya adquirido ó adquiera con su trabajo ó industria, ó por cualquier título lucrativo, pertenecen al hijo en propiedad, y en usufructo al padre ó á la madre que le tengan en su potestad y compañía; pero si el hijo, con consentimiento de sus padres, viviere independiente de éstos, se le reputará para todos los efectos relativos á dichos bienes como emancipado, y tendrá en ellos el dominio, el usufructo y la administración.

Art. 161. Pertenece á los padres en propiedad y usufructo lo que el hijo adquiera con caudal de los mismos. Pero si los padres le cediesen expresamente el todo ó parte de las ganancias que obtenga, no le serán éstas imputables en la herencia.

Art. 162. Corresponderán en propiedad y en usufructo al hijo no emancipado los bienes ó rentas donados ó legados para los gastos de su educación é instrucción; pero tendrán su administración el padre ó la madre, si en la donación ó en el legado no se hubiere dispuesto otra cosa, en cuyo caso se cumplirá estrictamente la voluntad de los donantes.

Art. 163. Los padres tienen, relativamente á los bienes del hijo que les corresponde el usufructo ó administración, las obligaciones de todo usufructuario ó administrador, y las especiales establecidas en la sección tercera del tít. 5.º de la ley Hipotecaria.

Se formará inventario, con intervención del Ministerio fiscal, de los bienes de los hijos en que los padres tengan sólo la administración; y, á propuesta del mismo Ministerio, podrá decretarse por el Juez el depósito de los valores mobiliarios propios del hijo.

Art. 164. El padre, ó la madre en su caso, no podrán enajenar los bienes inmuebles del hijo en que les corresponda el usufructo ó la administración, ni gravarlos, sino por causas justificadas de utilidad ó necesidad, y previa la autorización del Juez del do-

micilio, con audiencia del Ministerio fiscal, salvas las disposiciones que, en cuanto á los efectos de la transmisión, establece la ley Hipotecaria.

Art. 165. Siempre que en algún asunto el padre ó la madre tengan un interés opuesto al de sus hijos no emancipados, se nombrará á éstos un defensor que los represente en juicio y fuera de él.

El Juez, á petición del padre ó de la madre, del mismo menor, del Ministerio fiscal ó de cualquiera persona capaz para comparecer en juicio, conferirá el nombramiento de defensor al pariente del menor á quien en su caso corresponderia la tutela legítima, y á falta de éste, á otro pariente ó á un extraño.

Art. 166. Los padres que reconocieren ó adoptaren, no adquieren el usufructo de los bienes de los hijos reconocidos ó adoptivos, y tampoco tendrán la administración, si no aseguran con fianza sus resultas á satisfacción del Juez del domicilio del menor, ó de las personas que deban concurrir á la adopción.

CAPÍTULO IV

De los modos de acabarse la patria potestad.

Art. 167. La patria potestad se acaba:

1.° Por la muerte de los padres ó del hijo.

2.° Por la emancipación.

3.° Por la adopción del hijo.

Art. 168. La madre que pase á segundas nupcias pierde la patria potestad sobre sus hijos, á no ser que el marido difunto, padre de éstos, hubiera previsto expresamente en su testamento que su viuda contrajera matrimonio y ordenado que en tal caso conservase y ejerciese la patria potestad sobre sus hijos.

Art. 169. El padre, y en su caso la madre, perderán la potestad sobre sus hijos:

1.° Cuando por sentencia firme en causa criminal se le imponga como pena la privación de dicha potestad.

2.° Cuando por sentencia firme en pleito de divorcio así se declare, mientras duren los efectos de la misma.

Art. 170. La patria potestad se suspende por incapacidad ó

ausencia del padre, ó en su caso de la madre, declaradas judicialmente, y también por la interdicción civil.

Art. 171. Los Tribunales podrán privar á los padres de la patria potestad, ó suspender el ejercicio de ésta, si trataren á sus hijos con dureza excesiva, ó si les dieren órdenes, consejos ó ejemplos corruptores. En estos casos podrán asimismo privar á los padres total ó parcialmente del usufructo de los bienes del hijo, ó adoptar las providencias que estimen convenientes á los intereses de éste.

Art. 172. Si la madre viuda que ha pasado á segundas nupcias vuelve á enviudar, recobrará desde este momento su potestad sobre todos los hijos no emancipados.

CAPÍTULO V

De la adopción.

Art. 173. Pueden adoptar los que se hallen en el pleno uso de sus derechos civiles y hayan cumplido la edad de cuarenta y cinco años. El adoptante ha de tener por lo menos quince años más que el adoptado.

Art. 174. Se prohibe la adopción:

1.° A los eclesiásticos.

2.° A los que tengan descendientes legítimos ó legitimados.

3.° Al tutor respecto á su pupilo hasta que le hayan sido aprobadas definitivamente sus cuentas.

4.° Al cónyuge sin consentimiento de su consorte. Los cónyuges pueden adoptar conjuntamente, y, fuera de este caso, nadie puede ser adoptado por más de una persona.

Art. 175. El adoptado podrá usar, con el apellido de su familia, el del adoptante; expresándolo así en la escritura de adopción.

Art. 176. El adoptante y el adoptado se deben recíprocamente alimentos. Esta obligación se entiende sin perjuicio del preferente derecho de los hijos naturales reconocidos y de los ascendientes del adoptante á ser alimentados por éste.

Art. 177. El adoptante no adquiere derecho alguno á heredar al adoptado. El adoptado tampoco lo adquiere á heredar, fuera de testamento, al adoptante, á menos que en la escritura de adop-

ción se haya éste obligado á instituirle heredero. Esta obligación no surtirá efecto alguno cuando el adoptado muera antes que el adoptante. El adoptado conserva los derechos que le corresponden en su familia natural, á excepción de los relativos á la patria potestad.

Art. 178. La adopción se verificará con autorización judicial, debiendo constar necesariamente el consentimiento del adoptado, si es mayor de edad; si es menor, el de las personas que debieran darlo para su casamiento; y si está incapacitado, el de su tutor. Se oirá sobre el asunto al Ministerio fiscal; y el Juez, previas las diligencias que estime necesarias, aprobará la adopción, si está ajustada á la ley y la cree conveniente al adoptado.

Art. 179. Aprobada la adopción por el Juez definitivamente, se otorgará escritura, expresando en ella las condiciones con que se haya hecho, y se inscribirá en el Registro civil correspondiente

Art. 180. El menor ó el incapacitado que haya sido adoptado, podrá impugnar la adopción dentro de los cuatro años siguientes á la mayor edad ó á la fecha en que haya desaparecido la incapacidad.

TÍTULO VIII

DE LA AUSENCIA

CAPÍTULO PRIMERO

Medidas provisionales en casos de ausencia.

Art. 181. Cuando una persona hubiere desaparecido de su domicilio sin saberse su paradero y sin dejar apoderado que administre sus bienes, podrá el Juez, á instancia de parte legítima ó del Ministerio fiscal, nombrar quien le represente en todo lo que fuere necesario.

Esto mismo se observara cuando en iguales circunstancias caduque el poder conferido por el ausente.

Art. 182. Verificado el nombramiento á que se refiere el artículo anterior, el Juez acordará las diligencias necesarias para asegurar los derechos é intereses del ausente, y señalará las facultades, obligaciones y remuneración de su representante, re-

gulándolas según las circunstancias por lo que está dispuesto respecto de los tutores.

Art. 183. El cónyuge que se ausente será representado por el que se halle presente cuando no estuvieren legalmente separados.

Si éste fuere menor, se le proveerá de tutor en la forma ordinaria.

A falta del cónyuge, representarán al ausente los padres, hijos y abuelos, por el orden que establece el art. 220.

CAPÍTULO II

De la declaración de ausencia.

Art. 184. Pasados dos años sin haberse tenido noticia del ausente ó desde que se recibieron las últimas, y cinco en el caso de que el ausente hubiere dejado persona encargada de la administración de los bienes, podrá declararse la ausencia.

Art. 185. Podrán pedir la declaración de ausencia:

1.° El cónyuge presente.

2.° Los herederos instituídos en testamento, que presentaren copia fehaciente del mismo.

3.° Los parientes que hubieren de heredar ab-intestato.

4.° Los que tuvieren sobre los bienes del ausente algún derecho subordinado á la condición de su muerte.

Art. 186. La declaración judicial de ausencia no surtirá efecto hasta seis meses después de su publicación en los periódicos oficiales.

CAPÍTULO III

De la administración de los bienes del ausente.

Art. 187. La administración de los bienes del ausente se conferirá por el orden que establece el art. 220 á las personas mencionadas en el mismo.

Art. 188. La mujer del ausente, si fuere mayor de edad, podrá disponer libremente de los bienes de cualquiera clase que le pertenezcan; pero no podrá enajenar, permutar ni hipotecar los

bienes propios del marido, ni los de la sociedad conyugal, sino con autorización judicial.

Art. 189. Cuando la administración corresponda á los hijos del ausente, y éstos sean menores, se les proveerá de tutor, el cual se hará cargo de los bienes con las formalidades de la ley.

Art. 190. La administración cesa en cualquiera de los casos siguientes:

1.° Cuando comparezca el ausente por sí ó por medio de apoderado.

2.° Cuando se acredite la defunción del ausente, y comparezcan sus herederos testamentarios ó ab-intestato.

3.° Cuando se presente un tercero, acreditando con el correspondiente documento haber adquirido por compra ú otro título los bienes del ausente.

En estos casos cesará el administrador en el desempeño de su cargo, y los bienes quedarán á disposición de los que á ellos tengan derecho.

CAPÍTULO IV

De la presunción de muerte del ausente.

Art. 191. Pasados treinta años desde que desapareció el ausente ó se recibieron las últimas noticias de él, ó noventa desde su nacimiento, el Juez, á instancia de parte interesada, declarará la presunción de muerte.

Art. 192. La sentencia en que se declare la presunción de muerte de un ausente, no se ejecutará hasta después de seis meses, contados desde su publicación en los periódicos oficiales.

Art. 193. Declarada firme la sentencia de presunción de muerte, se abrirá la sucesión en los bienes del ausente, procediéndose á su adjudicación por los trámites de los juicios de testamentaría ó ab-intestato, según los casos.

Art. 194. Si el ausente se presenta ó, sin presentarse, se prueba su existencia, recobrará sus bienes en el estado que tengan, y el precio de los enajenados ó los adquiridos con él; pero no podrá reclamar frutos ni rentas.

CAPÍTULO V

De los efectos de la ausencia relativamente á los derechos eventuales del ausente.

Art. 195. El que reclame un derecho perteneciente á una persona cuya existencia no estuviere reconocida, deberá probar que existía en el tiempo en que era necesaria su existencia para adquirirlo.

Art. 196. Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo anterior, abierta una sucesión á la que estuviere llamado un ausente, acrecerá la parte de éste á sus coherederos, á no haber persona con derecho propio para reclamarla. Los unos y los otros, en su caso, deberán hacer inventario de dichos bienes con intervención del Ministerio fiscal.

Art. 197. Lo dispuesto en el artículo anterior se entiende sin perjuicio de las acciones de petición de herencia ú otros derechos que competan al ausente, sus representantes ó causahabientes. Estos derechos no se extinguirán sino por el lapso del tiempo fijado para la prescripción. En la inscripción que se haga en el Registro de los bienes inmuebles que acrezcan á los coherederos se expresará la circunstancia de quedar sujetos á lo que dispone este artículo.

Art. 198. Los que hayan entrado en la herencia harán suyos los frutos percibidos de buena fe mientras no comparezca el ausente, ó sus acciones no sean ejercitadas por sus representantes ó causahabientes.

ÍNDICE GENERAL

CÓDIGO CIVIL

Págs.

Estudio comparativo entre las materias comprendidas en este tomo (títulos V, VI, VII y VIII, lib. I) y los proyectos de 1851, 1852 y Códigos extranjeros..... 5

LIBRO PRIMERO

Título V.—De la paternidad y filiación..... 71

CAPÍTULO PRIMERO

De los hijos legítimos..... 73

Art. 108, pág. 75 Art. 111, pág. 90 Art. 113, pág. 94
» 109, » 79 » 112, » 92 » 114, » 96
» 110, » 81

CAPÍTULO II

De las pruebas de la filiación de los hijos legítimos..... 99

Art. 115, pág. 100 Art. 117, pág. 105 Art. 118, pág. 108
» 116, » 103

CAPÍTULO III

De los hijos legitimados..... 111

Art. 119, pág. 112 Art. 123, pág. 123 Art. 126, pág. 140
» 120, » 117 » 124, » 131 » 127, » 142
» 121, » 120 » 125, » 132 » 128, » 144
» 122, » 122

Págs.

CAPÍTULO IV

De los hijos ilegítimos..... 147

Sección primera.—Del reconocimiento de los hijos naturales..... 148

Art. 129, pág. 150 Art. 133, pág. 159 Art. 136, pág. 186
» 130, » 150 » 134, » 161 » 137, » 188
» 131, » 155 » 135, » 171 » 138, » 190
» 132, » 158

Sección segunda.—De los demás hijos ilegítimos..... 191

Art. 139, pág. 192 Art. 140, pág. 194 Art. 141, pág. 194

Título VI.—De los alimentos entre parientes..... 204

Art. 142, pág. 206 Art. 146 pág. 218 Art. 150, pág. 226
» 143, » 208 » 147, » 219 » 151, » 227
» 144, » 216 » 148, » 222 » 152, » 228
» 145, » 217 » 149, » 225 » 153, » 233

Título VII.—De la patria potestad..... 255

CAPÍTULO PRIMERO

Disposiciones generales..... 257

Art. 154, pág. 259

CAPÍTULO II

Efectos de la patria potestad respecto á las personas de los hijos..... 274

Art. 155, pág. 275 Art. 157, pág. 281 Art. 158, pág. 282
» 156, » 280

CAPÍTULO III

De los efectos de la patria potestad respecto á los bienes de los hijos..... 287

Art. 159, pág. 288 Art. 162, pág. 290 Art. 165, pág. 325
» 160, » 289 » 163, » 300 » 166, » 328
» 161, » 290 » 164, » 306

CAPÍTULO IV

De los modos de acabarse la patria potestad..... 333

Art. 167, pág. 333 Art. 169, pág. 362 Art. 171, pág. 365
» 168, » 346 » 170, » 363 » 172, » 368

Págs.

CAPÍTULO V

De la adopción..... 375

Art. 173, pág 382 Art. 176, pág. 430 Art. 179, pág. 467
» 174, » 408 » 177, » 434 » 180, » 469
» 175, » 426 » 178, » 457

Título VIII.—De la ausencia..... 471

CAPÍTULO PRIMERO

Medidas provisionales en caso de ausencia..... 481

Art. 181, pág. 482 Art. 182, pág. 487 Art. 183, pág. 492

CAPÍTULO II

De la declaración de ausencia..... 510

Art. 184, pág. 510 Art. 185, pág. 511 Art. 186, pág. 521

CAPÍTULO III

De la administración de los bienes del ausente..... 523

Art. 187, pág. 524 Art. 189, pág. 548 Art. 190, pág. 553
» 188, » 543

CAPÍTULO IV

De la presunción de muerte del ausente..... 556

Art. 191, pág. 557 Art. 193, pág. 563 Art. 194, pág. 567
» 192, » 558

CAPÍTULO V

De los efectos de la ausencia relativamente á los derechos eventuales del ausente..... 575

Art. 195, pág. 576 Art. 197, pág. 580 Art. 198, pág. 585
» 196, » 576

APÉNDICES

1.° (Art. 109.) Adulterio. Código penal..... 587
2.° (Art. 112) Caducidad de la instancia. Ley de Enjuiciamiento civil..... 588
3.° (Art. 125.) Informaciones para dispensa de ley. Ley de Enjuiciamiento civil..... 589

Págs.

4.º (Art. 148.) Alimentos provisiónales. Ley de Enjuiciamiento civil.. 591
5.º (Art. 156.) Asilo de corrección paternal y escuela de reforma. Ley de 4 de Enero de 1883..... 593
6.º (Art. 178.) De la adopción y de la arrogación. Ley de Enjuiciamiento civil..... 595
7.º (Art. 178.) Escrito pidiendo la adopción..... 596
8.º (Art. 190.) De la administración de bienes de ausentes en ignorado paradero. Ley de Enjuiciamiento civil..... 597

Texto literal de los artículos del Código civil que contiene este tomo..... 603

ÍNDICE ALFABÉTICO

MATERIAS	Artículos.	Apéndices.	Páginas.
A			
Abono de los alimentos.....	148	»	222
Acción que compete al hijo para reclamar su legitimidad.....	118	»	108
Acciones que competen al ausente.....	197	»	580
Idem para el reconocimiento de hijos naturales.....	157	»	188
Administradores legales de los bienes de los hijos.....	159	»	288
Administración de los bienes del ausente con sus hijos. Código de Portugal.....	»	»	48
Idem de los bienes del ausente casado. Código de Méjico.....	»	»	68
Idem de los bienes del ausente..	187	8.º	524 y 597
Idem íd. íd. Código de Guatemala.....	»	»	56
Adopción.....	»	»	375
Idem. Códigos de Bélgica y Francia.....	»	»	27
Idem. Id. de Guatemala.....	»	»	54
Idem Id. de Italia.....	»	»	35
Adulterio.....	»	1.º	587
Afianzamiento de la administración de los bienes del ausente.	187	»	528
Alimentos entre parientes.....	»	»	205
Idem. Proyecto de Código de 1851	»	»	5
Idem. Código de Guatemala....	»	»	52
Idem por testamento ó por pacto.	153	»	233

MATERIAS	Artículos.	Apéndices.	Páginas.
Alimentos del adoptante y adoptado	176	»	430
Idem del hijo detenido	158	»	282
Idem provisionales	148	4.º	222 y 591
Apellido del adoptado	175	»	426
Aprobación judicial para el reconocimiento del menor	133	»	159
Ascendientes y descendientes legítimos	143	»	213
Aseguramiento de los derechos é intereses del ausente	182	»	487
Asilo de corrección paternal	156	5.º	280 y 593
Ausencia	»	»	471
Idem. Proyecto de Código de 1882	»	»	16
Ausencia del marido	183	»	494
Idem de la mujer	183	»	494
Ausentes. Código de Guatemala.	»	»	56
Idem menor de edad	183	»	492
Auto de la Sala tercera del Tribunal Supremo de 6 de Julio de 1892	147	»	221
Autorización judicial	178	»	457
B			
Bienes de los hijos	160, 161 y 162	»	289 y 290
Biología de la patria potestad	172	»	370
C			
Caducidad de la instancia	112	2.º	92 y 588
Causas por las que termina la curaduría provisional. Código de Portugal	»	»	46
Caso de nulidad del matrimonio.	183	»	499
Casos en que cesa la administración de los bienes del ausente	190	»	553
Idem en que los padres pierden la potestad sobre sus hijos	169	»	362
Castigo de los hijos	157	»	281

MATERIAS	Artículos.	Apéndices.	Páginas.
Cesación del cargo de representante. Código de Méjico.....	»	»	66
Cómo deberá hacerse el reconocimiento de un hijo natural..	131	»	155
Compensación del derecho de alimentos....	151	»	227
Consentimiento del hijo mayor de edad para ser reconocido..	133	»	159
Idem del adoptado...	178	»	457
Corrección de los hijos. Proyecto de Código de 1851.....	»	»	10
Idem íd. Códigos de Bélgica y Francia	»	»	29
Idem íd. Código de Guatemala.	»	»	55
Idem id. Código de Italia	»	»	36
Idem íd. Código de Portugal....	»	»	42
Clases de legitimación.....	120	»	117
Cuándo será exigible la obligación de dar alimentos.....	148	»	222
Cuándo cesa la obligación de dar alimentos.	150 y 152	»	226 y 228
Cuándo esta obligado el padre á reconocer al hijo natural.....	135	»	171
Cuándo estará obligada la madre á reconocer al hijo natural	136	»	186
Cuantía de los alimentos.....	146	»	218
Idem íd. Código de Portugal...	»	»	41
Idem provisional de los bienes del ausente. Idem íd.....	»	»	45
Curaduría definitiva. Idem íd...	»	»	46
D			
Deberes entre padres é hijos. Código de Guatemala.....	»	»	52
Idem de los padres.	155	»	275
Declaración de ausencia. Proyecto de Código de 1851...	»	»	12
Idem íd. Códigos de Bélgica y Francia.....	»	»	21
Idem íd Código de Italia.....	»	»	30
Idem íd. Idem. de Méjico.....	»	»	66

MATERIAS	Artículos.	Apéndices.	Páginas.
Declaración de ausencia. Código de Méjico	184	»	510
Defensor del ausente. Código de Guatemala	»	»	57
Idem del hijo	165	»	325
De la presunción de ausencia. Códigos de Bélgica y Francia.	»	»	21
De la adopción y de la arrogación	178	6.º	457 y 595
Derecho del hijo reconocido	134	»	161
Derechos de los hijos naturales. Proyecto de Código de 1851	»	»	9
Idem íd. íd. Códigos de Bélgica y Francia	»	»	27
Idem del hijo natural reconocido. Código de Méjico	»	»	62
Idem íd. íd. Código de Portugal.	»	»	40
Idem del adoptado. Proyecto de Código de 1851	»	»	9
Idem del adoptante	177	»	434
Idem de los hijos ilegítimos. Código de Guatemala	»	»	51
Idem íd. íd	139	»	192
Idem de los hijos legitimados. Código de Méjico	»	»	61
Idem de los demás hijos ilegítimos. Idem íd	»	»	62
Idem de los hijos legitimados por subsiguiente matrimonio.	122	»	122
Idem del legitimado por concesión real	127	»	142
Idem de la mujer del ausente	188	»	543
Idem de los curadores definitivos y demás interesados. Código de Portugal	»	»	47
Idem de la madre y del hijo para justificar la paternidad del marido	111	»	90
Idem de los hijos legítimos	114	»	96
Idem y obligaciones del poseedor provisional. Proyecto de Código de 1851		»	13

MATERIAS	Artículos.	Apéndices.	Páginas.
Derechos eventuales que puedan corresponder al ausente. Código de Italia.....	»	»	32
Idem de la patria potestad. Código de Guatemala.....	»	»	55
Desconocimiento de la legitimidad del hijo por el marido ó sus herederos	111	»	90
Detención de los hijos.....	156	»	280
Divorcio. Código de Guatemala.	»	»	50
E			
Efectos de la legitimación.....	123 y 124	»	123 y 131
Idem de la ausencia.	186	»	521
Idem de la patria potestad respecto á las personas de los hijos. Proyecto de Código de 1851.	»	»	10
Idem de la patria potestad sobre los bienes de los hijos. Idem ídem íd.....	»	»	10
Idem de la declaración de la ausencia. Idem íd. íd.....	»	»	13
Idem de la ausencia con relación á los derechos eventuales del ausente. Idem íd. íd.....	»	»	14
Idem de la ausencia, relativos á los bienes poseídos por el ausente el día de su desaparición. Códigos de Bélgica y Francia.	»	»	22
Idem íd. respecto de los derechos eventuales del ausente. Código de Méjico.....	»	»	69
Idem de la declaración de ausencia. Código de Méjico.....	»	»	67
Idem de la patria potestad con relación á los bienes de los hijos. Código de Portugal.....	»	»	42
Idem de la patria potestad respecto de las personas de los hijos. Código de Méjico.....	»	»	63

MATERIAS	Artículos.	Apéndices.	Páginas.
Efectos de la adopción. Códigos de Bélgica y Francia.	»	»	28
Idem íd. Código de Guatemala.	»	»	54
Idem id Código de Italia.....	»	»	35
Ejecución de sentencia.....	192	»	558
Ejercicio del derecho de los hijos ilegítimos á pedir alimentos..	140	»	194
Enajenación de los bienes inmuebles del hijo.....	164	»	306
Idem y gravamen de los bienes. Código de Méjico.....	»	»	65
Escrito pidiendo la adopción....	»	7.°	596
Escritura de adopción	179	»	467
Estado en que recobrará sus bienes el ausente.....	194	»	567
Idem de la ausencia respecto de los derechos eventuales que puedan corresponder al causante. Códigos de Bélgica y Francia.	»	»	23
Efectos de la ausencia relativos al matrimonio. Códigos de ídem ídem	»	»	23
Idem de la ausencia, relativamente á los derechos eventuales del ausente.....	»	»	575
Idem íd. Código de Méjico.....	»	»	69
Idem de la declaración de ausencia. Idem íd..	»	»	67
Idem íd. Código de Italia..	»	»	31
Idem de la patria potestad respecto á los bienes de los hijos.	»	»	287
Idem íd. Código de Italia.....	»	»	36
Estudio comparativo entre las materias comprendidas en este tomo (títulos V, VI, VII y VIII, libro I) y los proyectos de 1851, 1882 y Códigos extranjeros...	»	»	5

MATERIAS	Artículos.	Apéndices.	Páginas.
F			
Facultades del curador provisional. Código de Portugal... ..	»	»	45
Idem de los padres..... .	155	»	275
Idem y obligaciones del representante del ausente....	182	»	487
Filiación de los hijos legítimos. Códigos de Bélgica y Francia.	»	»	24
Idem íd. nacidos fuera del matrimonio. Código de Italia....	»	»	33
Idem íd. concebidos ó nacidos durante el matrimonio. Idem ídem.....	»	»	32
Idem del hijo nacido dentro de un segundo matrimonio. Código de Méjico.....	»	»	59
Formas de la adopción. Códigos de Bélgica y Francia.....	»	»	28
Funcionarios públicos.....	132	»	158
Frutos percibidos de buena fe...	198	»	585
H			
Hermanos legítimos.....	143	»	216
Hijos espúreos ó ilegítimos. Código de Portugal.....	»	»	40
Idem ilegítimos.....	»	»	147
Idem íd.....	»	»	191
Idem íd.	143	»	215
Idem íd. Código de Guatemala..	»	»	61
Idem legítimos...	108	»	75
Idem íd Proyecto de Código de 1851	»	»	6
Idem íd Código de Guatemala..	»	»	49
Idem íd. Id. de Méjico.	»	»	58
Idem íd. Id de Portugal.....	»	»	38
Idem legitimados...	»	»	111
Idem íd. Codigo de Portugal....	»	»	39
Idem naturales.....	119	»	112
Idem íd. Código de Méjico.....	»	»	60

MATERIAS	Artículos.	Apéndices.	Páginas.
Hijos que se consideran legitimados por subsiguiente matrimonio	121	»	120
Idem reconocidos. Código de Portugal	»	»	39
I			
Impugnación de la legitimidad. Proyecto de Código de 1851	»	»	6
Idem íd. Códigos de Bélgica y Francia	»	»	25
Idem íd. Código de Guatemala	»	»	49
Idem íd. Id. de Italia	»	»	33
Idem íd. Id. de Méjico	»	»	58
Idem íd. Id. de Portugal	»	»	38
Idem de la legitimidad del hijo por los herederos	112	»	92
Idem de la adopción	180	»	469
Informaciones para dispensa de ley	»	3 °	589
Inventario y fianza de los bienes del ausente. Código de Portugal	»	»	46
Inventario y fianza de los bienes del hijo	163	»	300
Investigación de la paternidad y de la maternidad. Proyecto de Código de 1851	»	»	9
Idem íd. íd. Có igos de Bélgica y Francia	»	»	27
Idem de la paternidad. Código de Guatemala	»	»	51
Idem íd. y de la maternidad. Código de Italia	»	»	34
Idem íd. íd. Código de Méjico	»	»	63
Idem íd. íd. Id. de Portugal	»	»	40
L			
Legitimación. Proyecto de Código de 1851	»	»	8

MATERIAS	Artículos.	Apendices.	Páginas.
Legitimación. Código de Italia.	»	»	34
Idem de los hijos naturales. Códigos de Bélgica y Francia ..	»	»	26
Idem por concesión Real.....	125	»	132
Idem en testamento.....	126	»	140
Legitimados por concesión Real y naturales reconocidos.....	143	»	214
Legitimidad del hijo cuando la madre hubiese declarado contra ella.....	109	»	79
Idem del hijo nacido dentro de los ciento ochenta días siguientes á la celebración del matrimonio.....	110	»	81
Levantamiento de detención....	158	»	282
M			
Madre viuda.....	172	»	368
Idem íd. Código de Italia.....	»	»	37
Medidas provisionales en caso de ausencia. Proyecto de Código de 1851	»	»	12
Idem íd. íd. Código de Méjico...	»	»	65
Idem íd. en casos de íd.....	»	»	481
Medios de legitimación. Código de Guatemala.....	»	»	53
Menor edad del cónyuge presente.....	183	»	500
Modos de acabarse la patria potestad.....	167	»	333
Modo de ídem y perderse ídem ídem. Código de Méjico.....	»	»	65
Idem en que ha de verificarse el pago de los alimentos	149	»	225
Multa en que incurren los funcionarios públicos.....	132	»	158
O			
Obligaciones del padre ó la madre cuando hiciesen el recono-			

MATERIAS	Artículos.	Apéndices	Páginas.
cimiento del hijo separadamente	132	»	158
Obligaciones de los padres relativamente á los bienes del hijo.	163	»	300
P			
Pago de alimentos	148	4.°	222 y 591
Paternidad y filiación	»	»	71
Idem íd. Proyecto de Código de 1882	»	»	14
Patria potestad	»	»	255
Idem íd	154	»	259
Idem íd. Proyecto de Código de 1882	»	»	16
Idem íd. Código de Guatemala	»	»	55
Idem íd. Id. de Italia	»	»	36
Idem íd. disuelto el matrimonio. Código de Portugal	»	»	43
Idem íd. con relación á los hijos ilegítimos. Idem íd	»	»	44
Plazo para impugnar la legitimidad del hijo	113	»	94
Idem íd. íd. estando ausente el marido ó sus herederos	113	»	94
Idem íd. íd. cuando se hubiere ocultado su nacimiento	113	»	94
Pérdida del derecho de alimentos. Código de Guatemala	»	»	53
Personas obligadas á dar alimentos. Código de Portugal	»	»	40
Idem íd. á darse alimentos	143	»	208
Idem íd. á prestar alimentos. Proyecto de Código de 1851	»	»	5
Idem que pueden adoptar	173	»	382
Idem íd. íd. Proyecto de Código de 1851	»	»	9
Idem que pueden impugnar el reconocimiento hecho á favor de un hijo que no reúna las condiciones señaladas en el Código	138	»	190

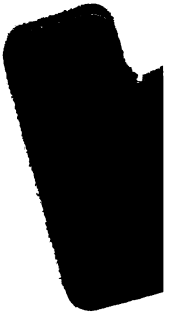
MATERIAS	Artículos.	Apéndices.	Páginas.
Personas que pueden impugnar la legitimación	128	»	144
Idem que pueden pedir la ausencia. Código de Méjico	»	»	67
Idem que pueden pedir la declaración de ausencia	185	»	511
Petición de herencia y demás derechos que competen al ausente	197	»	580
Poder paterno. Códigos de Bélgica y Francia	»	»	28
Poseedor de buena fe: sus derechos	198	»	585
Posesión constante del estado de hijo legítimo	116	»	103
Idem definitiva de los bienes del ausente. Código de Guatemala	»	»	57
Idem íd. íd. Id. de Italia	»	»	32
Idem provisional. Id. de Méjico.	»	»	67
Idem temporal de los bienes del ausente. Idem de Guatemala.	»	»	57
Idem íd. íd. Id. de Italia	»	»	31
Presentación del ausente	194	»	567
Presunción de ausencia. Código de Italia	»	»	30
Idem de muerte del ausente	191	»	557
Idem íd. íd Código de Méjico	»	»	69
Presunción de muerte del ausente. Proyecto de Código de 1851.	»	»	13
Privación de la patria potestad	171	»	365
Prueba de la existencia del ausente	194	»	567
Pruebas de la filiación de los hijos legítimos	115	»	100
Idem íd. íd. Códigos de Bélgica y Francia	»	»	25
Idem íd. íd. Código de Méjico	»	»	59
Idem íd. legítima. Id. de Guatemala	»	»	51
Idem íd. íd. Id. de Italia	»	»	33
Idem de la filiación legítima. Idem de Portugal	»	»	39

MATERIAS	Artículos.	Apéndices.	Páginas.
Pruebas de la filiación legítima. Proyecto de Código de 1851..	»	»	7
Idem id. íd. por cualquier medio.	117	»	105
Prueba en contra de la presunción de legitimidad.....	108	»	75
Publicación de la ausencia. Código de Méjico.....	»	»	67
R			
Reconocimiento de los hijos naturales. Proyecto de Código de 1851.....	»	»	8
Idem de hijos. Código de Italia.	»	»	33
Idem de los hijos. Idem de Méjico..	»	»	61
Idem de hijos naturales.....	129	»	150
Idem de los hijos naturales. Códigos de Bélgica y Francia...	»	»	26
Idem del hijo natural por uno solo de los padres.....	130	»	150
Reclamación de alimentos.....	144	»	216
Idem íd. por dos ó más alimentistas de una misma persona.	145	»	217
Reclamación de un derecho perteneciente á un ausente.....	195	»	576
Idem íd. íd. á una persona cuya existencia no estuviese reconocida.....	195	»	576
Reducción ó aumento proporcional de los alimentos.....	147	»	219
Remuneración del administrador de bienes del ausente.....	182 y 187	»	491 y 533
Rendición de cuentas de la administración de bienes del ausente...	188	»	543
Renuncia de la patria potestad.	154	»	266
Repartición del pago de la pensión.....	145	»	217
Representación del ausente.....	181 y 183	»	482 y 507
Idem íd. Código de Méjico.....	»	»	66
Idem del cónyuge ausente.....	183	»	492

MATERIAS	Artículos.	Apéndices.	Páginas.
Requisitos de legitimación. Código de Méjico	»	»	60
Idem y forma de la adopción. Proyecto de Código de 1851	»	»	9
Resolución de la Dirección general de los Registros de 4 de Febrero de 1888	154	»	264
Retención de los hijos	156	»	280
S			
Segundas nupcias de la madre	168	»	346
Sentencias del Tribunal Supremo	115 y 167	»	101, 102 y 345
Sucesión en los bienes del ausente	193	»	563
Idem á la que estuviere llamado un ausente	196	»	576
Suspensión de la patria potestad	170	»	363
Idem íd. íd. Código de Méjico	»	»	65
Idem íd. íd. íd. de Portugal	»	»	44
T			
Término de la obligación de prestar alimentos. Proyecto de Código de 1851	»	»	6
Idem íd. íd. Código de Portugal	»	»	41
Idem dentro del cual podrá el menor impugnar el reconocimiento	133	»	159
Terminación de la patria potestad	167	»	333
Idem íd. íd. Proyecto de Código de 1851	»	»	11
Idem íd. íd. Código de Guatemala	»	»	56
Término del cargo de guardador. Código de Guatemala	»	»	57
Idem de la curaduría definitiva. Código de Portugal	»	»	47

MATERIAS	Artículos.	Apéndices.	Páginas.
Texto literal de los artículos del Código civil que contiene este tomo	»	»	603
Transmisión de la acción entablada por el hijo.....	118	»	108
Idem y renuncia del derecho á los alimentos.....	151	»	227
Tutor para los menores ausentes.	189	»	548
U			
Usufructo de los bienes del adoptado.....	166	»	328
V			
Vigilancia de los menores de padre ausente. Códigos de Bélgica y Francia.....	»	»	24

Ex. A. H. 1

FE DE ERRATAS

PÁGINA	LÍNEA	DICE	DEBE DECIR
36	17	alguna persona	algunas personas
54	30	turor	tutor
57	16	necedidad	necesidad
79	10	Enséñanse	Ensañanse
79	11	ser	sus
99	14	prefencia	preferencia
155	15	testamente	testamento
202	1.ª	ds	de
230	38	us	sus
245	11	arfimativo	afirmativo
249	31	indéntico	idéntico
258	38	interpreción	interpretación
271	29	respectos	respecto
404	2	1896,	1796,
495	34	Descansa	descansa
495	35	de	De
510	3	primer capítulo	primer capítulo y
510	4	ontinuando	continuando
596	32	pedimiento	pedimento
597	17	habr	habrá
597	18	informaación	información